

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO**

AUTORIZAÇÕES ADMINISTRATIVAS REGULATÓRIAS

A evolução do Direito Administrativo e a mutação das autorizações nos setores de infraestrutura

**CURITIBA
2014**

FERNANDO MENEGAT

AUTORIZAÇÕES ADMINISTRATIVAS REGULATÓRIAS

A evolução do Direito Administrativo e a mutação das autorizações nos setores de infraestrutura

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

CURITIBA
2014

TERMO DE APROVAÇÃO

FERNANDO MENEGAT

AUTORIZAÇÕES ADMINISTRATIVAS REGULATÓRIAS

A evolução do Direito Administrativo e a mutação das autorizações nos setores de infraestrutura

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira
Universidade Federal do Paraná – UFPR

Avaliador: Prof. Dr. Alexandre Ditzel Faraco
Universidade Federal do Paraná – UFPR

Avaliador: Prof. Dr. Vitor Rhein Schirato
Universidade de São Paulo - USP

Curitiba, 11 de abril de 2014

Ao meu pai, retirado tão cedo de minha convivência, pelo tempo que a vida não lhe deu – mesmo não sendo profissional do Direito – de discordar de tudo que aqui escrevo.

AGRADECIMENTOS

Diversamente do que muitos imaginam, momento dos mais difíceis no processo de elaboração de um trabalho acadêmico como o presente não é a escolha do tema, tampouco a pesquisa das mais diversas fontes, ou mesmo a penosa tarefa de redação, página por página (linha por linha). Todo esse percurso é árduo, é bem verdade, mas não chega aos pés da perplexidade enfrentada quando, ao final e com os olhos voltados para trás, nota-se tudo que teve de ser evitado e recusado para cumprir o ofício e, mais do que isso, quando se constata a enorme quantidade de mãos que tiveram de dar suporte ao pesquisador durante todo esse tempo – e que, por isso mesmo, merecem todo o agradecimento.

Esse é o momento mais difícil: o momento de agradecer. E a dificuldade não deriva tanto da impossibilidade de resgatar na memória os nomes de todos que auxiliaram na construção do castelo; ao contrário, deve-se muito mais à certeza de que, fatalmente, serão esquecidos os nomes daqueles que fabricaram os tijolos, o cimento, as vigas – a estes, dentre os quais se incluem principalmente os professores e colegas que tive no ensino médio e fundamental, meu agradecimento deve vir acompanhado de um sincero pedido de desculpas.

Superada essa etapa, são muitos os nomes que sinto necessidade de citar para demonstrar minha enorme gratidão, seja pela responsabilidade na construção de parte do que sou ou penso, seja pelo apoio dado nos momentos mais difíceis da árdua, constante e dolorosa tarefa de dissertar.

De início, e com destaque absoluto, devo mencionar os cruciais papéis desempenhados por minha mãe, Nair, e por minha namorada, Fabíola. Aquela, pelo zelo e preocupação diários que, mesmo nos dias de pior humor, eram-me dedicados, numa típica e irrefutável tarefa de mãe. Esta, pelo amor incondicional e pela inesgotável paciência ao ter de aguentar horas a fio de explicações teóricas que, aos seus ouvidos, importavam muito pouco – felizmente sua formação jurídica (construída nos mesmos bancos acadêmicos que a minha) auxiliou nessa dura missão. Aguentar-me nesse período que passou foi a maior prova de amor possível.

Agradeço também a meu saudoso pai, Plínio, exemplo de ser humano, pela postura sempre crítica e por ter me ensinado que quase tudo nessa vida se resolve com bom humor e simpatia. Para além dos agradecimentos, a enorme saudade. À minha irmã Lily e a meu sobrinho “Theus”, pelos encontros de fim de semana e

pelas risadas com as pérolas do pequeno. Ao restante da família – deveras longa para ser integralmente citada – minha merecida gratidão (e a saudade pelos momentos cada vez mais raros de reunião).

Agradeço intensamente a meu orientador, Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira, um dos maiores exemplos que tenho de dedicação à academia e à docência, por ter me aceitado como orientando (tarefa ingrata e que exige boa dose de paciência), mas mais do que isso, pela minuciosa e rigorosa análise crítica de meu texto, demonstrando-me ser sempre possível ir além. Prof. Egon é, certamente, daqueles mestres cujos ensinamentos carregamos para a vida toda: sua metodologia de ensino, para além de transmitir o massivo conhecimento que tem e nos auxiliar a edificar o nosso próprio, constrói caráter. Espero que o resultado da pesquisa, aqui apresentado, esteja à altura de sua irretocável orientação.

Minha inenarrável gratidão também aos Professores Doutores Vitor Rhein Schirato (USP) e Alexandre Dietzel Faraco (UFPR), por terem prontamente aceitado o convite do Prof. Egon para comporem minha banca – ainda que isso implicasse a necessidade de deslocamento de São Paulo até aqui. Os brilhantes e jovens professores Faraco e Schirato são prova de que a maturidade jurídica pode ser alcançada com pouca idade, fazendo com que a enorme alegria em tê-los na minha banca alie-se à esperança de que um dia também eu chegue lá.

Aos meus professores da UFPR, tanto de minha graduação quanto da pós-graduação, não tenho como deixar de endereçar sinceros agradecimentos pela inegável parcela de responsabilidade na construção de meu caminho. Menciono com destaque especial, para além de meu orientador já citado: Prof. Dr. Manoel Eduardo Alves de Camargo e Gomes, Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo, Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos, Prof. Dr. José Roberto Vieira, Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca, Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni e Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho, dentre tantos outros com quem tive a única oportunidade de aprender. Aos servidores da Secretaria da PPGD-UFPR, pela incrível prestatividade em todos os momentos. Ainda, aos colegas da pós-graduação da UFPR com quem tive o prazer de conviver, pelos produtivos debates muitas vezes travados.

Ao Prof. Dr. Fernando Borges Mânica, outro grande exemplo que tenho de seriedade e dedicação à Academia, minha gratidão pelos diários ensinamentos e pela enorme parcela de contribuição em meu crescimento.

Também aos colegas de escritório, desde os mais antigos até os atuais, pela convivência e pelo suporte sempre bem vindo nas épocas de maior demanda da pesquisa.

Agradeço, ao final (*last but not least*), aos grandes amigos que tenho: desde aqueles que vieram da infância até os mais recentes, pela verdadeira e sincera parceria que não se desfaz com o correr dos anos (e com a distância).

Haveria muitos mais que agradecer e nominar, mas o risco de fazer daí derivar uma segunda dissertação é por demais grande para ser assumido. Dou-me aqui, então, por satisfeito.

There's a sign on the wall, but she wants to be sure, 'cause you know sometimes words have two meanings.

(PAGE, James Patrick; PLANT, Robert Anthony. Stairway to Heaven. *In*: Led Zeppelin IV. [S.l.]: Atlantic Records, 1971. 1 CD. Faixa 4)

RESUMO

A presente pesquisa tem por objeto o estudo das autorizações administrativas utilizadas, a partir de meados da década de 90 do século XX, com a finalidade de franquear aos privados a exploração de atividades no setor das infraestruturas sócio-econômicas, de titularidade pública, prestando serviços à coletividade em concorrência diversos prestadores.

Busca-se averiguar a origem das teorizações acerca das autorizações administrativas, vinculadas ao Estado Liberal e à noção de poder de polícia, e compreender até que ponto a definição tradicional se amolda à totalidade dos papéis por elas atualmente desempenhados.

Constatada a pluralidade de manifestações do fenômeno autorizatório, em razão de câmbios relativamente recentes na noção de serviço público, demonstra-se como consequência a impertinência de se abordar a autorização administrativa de forma monolítica, como espécie unitária e imutável, apontando-se a existência de diversas espécies autorizatórias, com diversas finalidades e características.

Segue-se, finalmente, uma tentativa de demonstrar as diversas nuances da nova espécie autorizatória surgida em fins do século XX, aqui denominada de “autorização administrativa regulatória”: a natureza jurídica da atividade autorizada, o regime jurídico e as características das autorizações (em contraste com a definição tradicional) e, ao cabo, uma apresentação de assuntos polêmicos que envolvem sua diuturna interpretação e aplicação no cenário jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Autorização administrativa. Poder de polícia. Serviço público. Autorização administrativa regulatória: natureza, regime jurídico, características.

ABSTRACT

The present research's focus is the study of administrative authorizations, as used in Brazil from the mid-90's of the twentieth century on, with the purpose of franchising to private exploration activities in the socio-economic infrastructure, component of the public sector, providing services to the community in competition with many other providers.

It intends to determine the origin of administrative authorizations theorizations, linked to the Liberal State and the concept of police power, and understand the extent to which the traditional definition can conform all the roles currently performed by them.

Observed the plural manifestations of the authorizatory phenomenon, due to the relatively recent mutations in the concept of public utilities in Brazil, we demonstrate the impertinence of considering administrative authorizations monolithically, as unitary and unchanging species, indicating the existence of different authorizatory species, with different purposes and characteristics.

It follows, finally, an attempt to demonstrate the various nuances of the new authorizatory species emerged in the late twentieth century, here called "regulatory administrative authorization": the nature of the permitted activity, the legal regime and the characteristics that they have (in contrast to the traditional definition) and, after a presentation of controversial issues surrounding its daily interpretation and application in the Brazilian legal scenario.

KEYWORDS: Administrative authorization. Police power. Public utility. Regulatory administrative authorization: nature, legal regime, characteristics.

RIASSUNTO

Lo scopo di questa ricerca è lo studio delle autorizzazioni amministrative (qualificate come provvedimenti amministrativi) utilizzate dalla metà degli anni '90 del XX secolo in Brasile, con lo scopo di franchising la esplorazione privata di attività nelle infrastrutture socio-economiche, di pubblica titolarità, fornendo servizi alla comunità in competizione con molti altri fornitori.

Cerca determinarsi l'origine delle teorie sulle autorizzazioni amministrative legate allo Stato liberale e il concetto di potere di polizia, e capire fino a che punto la definizione tradizionale può conformarsi a tutti i ruoli attualmente svolte da loro.

Osservata la pluralità di manifestazioni del fenomeno autorizzatorio, a causa del relativamente recente scambio nella nozione de servizio pubblico, ci dimostra l'impertinenza di concepire l'autorizzazione amministrativa monoliticamente, come specie unitaria e immutabili, indicando l'esistenza di diverse specie autorizzatorie, con finalità e caratteristiche diverse.

Ne consegue, infine, un tentativo di dimostrare le varie sfumature delle nuove specie autorizzatorie emerse alla fine del ventesimo secolo, che qui si chiamano "autorizzazione amministrativa di regolamentazione": la natura giuridica delle attività consentite, il regime giuridico e le caratteristiche degli impegni (in contrasto con la definizione tradizionale) e dopo una presentazione di questioni controverse che circondano la sua interpretazione quotidiana e l'applicazione nello scenario giuridico brasiliano.

PAROLE CHIAVE: Autorizzazione amministrativa. Potere di polizia. Servizio pubblico. Autorizzazione amministrativa di regolamentazione: natura, regime giuridico, caratteristiche.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO	13
PARTE 1 – AS AUTORIZAÇÕES ADMINISTRATIVAS DO PASSADO	19
1. AS ORIGENS DO DIREITO ADMINISTRATIVO: ENTRE OS MITOS E A REALIDADE	19
2. REFLEXOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO TRADICIONAL NA CONFIGURAÇÃO DA NOÇÃO CLÁSSICA DE AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA.....	30
2.1. A autorização administrativa como espécie de ato administrativo.....	35
2.2. Autorização administrativa e poder de polícia.....	42
3. CONCLUSÃO PARCIAL: AUTORIZAÇÕES ADMINISTRATIVAS DO PASSADO?.....	46
PARTE 2 – AS AUTORIZAÇÕES ADMINISTRATIVAS DO PASSADO AO PRESENTE	51
1. O DIREITO (ADMINISTRATIVO) ECONÔMICO EM EVOLUÇÃO: MUTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS	55
1.1 A noção tradicional de serviço público.....	55
1.2 O Direito Econômico e a evolução dos serviços públicos na Europa.....	62
2. A MUTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL E SEUS IMPACTOS NA NOÇÃO DE AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA: O SURGIMENTO DAS “AUTORIZAÇÕES REGULATÓRIAS”	86
2.1. Uma explicação necessária: as autorizações nas Constituições brasileiras anteriores.....	107
3. CONCLUSÃO PARCIAL: AS AUTORIZAÇÕES DOS “CLIPS” E AS AUTORIZAÇÕES DOS “NEGÓCIOS”	124
PARTE 3 – AS AUTORIZAÇÕES ADMINISTRATIVAS REGULATÓRIAS NO CENÁRIO CONTEMPORÂNEO	137
1. NATUREZA JURÍDICA DA ATIVIDADE ALVO DAS AUTORIZAÇÕES REGULATÓRIAS: A POLÊMICA ENVOLVENDO OS ARTIGOS 21, 223 E 175 DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	138
1.1. Autorização para atividade econômica em sentido estrito, de interesse restrito do particular autorizado	141
1.2. Autorização para atividade econômica em sentido estrito, passível de prestação à coletividade	145
1.3. Autorização para outorga de serviço público em caráter emergencial	150
1.4. Autorização para outorga de serviço público, ao lado da concessão e da permissão	151
1.5. Autorização de uma atividade <i>sui generis</i>	154
1.6. A nossa posição	157
1.6.1. Questão preliminar fundamental: a noção de serviço público adotada....	158
1.6.2. Apontamentos críticos às correntes doutrinárias	169
1.6.2.1. Autorização para atividades econômicas em sentido estrito, prestadas no interesse exclusivo ou proveito próprio do particular	169
1.6.2.2. Autorização para serviços públicos “autênticos”	173
1.6.2.3. Autorização para serviços públicos emergenciais.....	174

1.6.2.4. Autorização para atividades econômicas em sentido estrito, passíveis de prestação à coletividade em regime de concorrência.....	176
1.6.2.5. Autorização de atividade que compõe um <i>tertium genus</i>	177
2. REGIME JURÍDICO DAS AUTORIZAÇÕES REGULATÓRIAS: ASPECTOS DA LEGISLAÇÃO SETORIAL.....	190
2.1. As autorizações no setor de telecomunicações.....	197
2.2. As autorizações no setor elétrico.....	202
2.3. As autorizações no setor de transportes e de infraestrutura portuária	209
3. CARACTERÍSTICAS DAS AUTORIZAÇÕES REGULATÓRIAS.....	213
3.1. A autorização como ato administrativo unilateral	219
3.1.1. Administração Pública e consenso	219
3.1.2. Do ato administrativo unilateral ao ato administrativo consensual	227
3.1.3. As autorizações regulatórias enquanto atos administrativos consensuais com eficácia multilateral.....	233
3.2. A autorização como ato discricionário	243
3.3. A autorização como ato precário	246
3.4. A autorização como ato declaratório.....	265
3.5. A autorização como ato de polícia	271
3.6. A relação jurídica instituída pelas autorizações regulatórias	280
4. ASPECTOS POLÊMICOS DAS AUTORIZAÇÕES REGULATÓRIAS: NOVOS DESAFIOS PARA NOVOS CENÁRIOS	294
4.1. Autorizações regulatórias e licitação.....	295
4.2. Autorizações regulatórias em âmbito estadual e municipal.....	299
4.3. Responsabilidade civil do autorizado.....	301
4.4. Autorizações regulatórias e silêncio administrativo.....	303
4.5. O regime de exploração da atividade autorizada	305
4.6. Conceder, permitir ou autorizar?	311
5. INDAGAÇÃO FINAL: HAVERIA UM FUTURO PARA AS AUTORIZAÇÕES REGULATÓRIAS?.....	325
II. CONSIDERAÇÕES FINAIS	329
III. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	341

I. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo jogar luzes sobre a figura da autorização administrativa prevista no art. 21 da Constituição Brasileira de 1988,¹ analisando-a pela forma mediante a qual passou a ser utilizada na legislação brasileira, a partir de fins do século passado, como modalidade de habilitação dos particulares a prestarem serviços de titularidade pública à coletividade, em áreas sensíveis no aspecto econômico e social.

Ver-se-á que a tradicional definição doutrinária das autorizações enquanto atos administrativos unilaterais, discricionários e precários, elaborada nos primórdios da sistematização de um direito administrativo recém-nascido e ainda fortemente imbuído com o signo da autoridade, não se presta para explicar a totalidade dos modos de aplicação da figura nos dias de hoje, considerando a multiplicidade de facetas que pode assumir e, principalmente, a complexidade das situações a que se destina a regular contemporaneamente.

O desvelar da pesquisa realizada demonstrará que, atualmente, convivem no direito brasileiro ao menos duas espécies *principais* de autorizações administrativas: aquelas tradicionais, clássicas, radicadas numa compreensão do direito administrativo típica do século XIX, destinadas a concretizar o exercício de poder de polícia pela Administração Pública; e as “novas autorizações” que aqui serão denominadas de “autorizações regulatórias”, oriundas de um processo relativamente recente de redefinição do papel do Estado e mutação dos serviços públicos.

Nessa senda, a despeito de as autorizações regulatórias não eliminarem da aplicação na prática administrativa as tradicionais autorizações de polícia (que, inclusive, possuem sede constitucional), elas certamente as têm posto em xeque, o que se reflete na reação de parcela da doutrina que, frente à nova realidade, encara as novas figuras como um disparate às hipóteses constitucionalmente previstas para

¹ Excluem-se de plano do objeto da presente pesquisa, portanto: (i) as autorizações *interna corporis*, que são aquelas expedidas no interno da estrutura administrativa, no exercício de poder hierárquico; e (ii) as autorizações ditas “de controle”, ou seja, aquelas destinadas a regular as relações entre os Poderes (a exemplo das autorizações para abertura de crédito orçamentário, para celebrar guerra e declarar paz, etc). Sobre essas definições de autorização, remete-se a: DROMI, José Roberto. **Instituciones de derecho administrativo**. Buenos Aires: Astra, 1973, p. 274; cf. também BIELSA, Rafael. **Estudios de Derecho Público**, v. I. Buenos Aires: Depalma, 1950, p. 429-464. No que concerne às autorizações “de polícia” e às autorizações de uso de bem público, embora fujam ao cerne propriamente dito da pesquisa, tem-se por inevitável enfrentá-las, eis que, por comparação, auxiliam na delimitação do conteúdo e do regime jurídico das autorizações do art. 21.

a outorga de serviços públicos e, principalmente, como uma afronta à definição doutrinária das autorizações, tal como sedimentada em solo nacional.

O tema ora proposto, a despeito de não constituir nenhuma novidade (ao que se demonstrará, as autorizações regulatórias surgiram no Brasil há quase 20 anos, em meados da década de 90 do século passado), ainda está a merecer estudos doutrinários específicos e aprofundados, que enfoquem *a autorização em si*.² É por isso que, espera-se, seja de alguma valia o esforço realizado na presente dissertação, que intenta compreender as autorizações dentro do quadro histórico evolutivo em que se inserem – ora, não há presente sem passado – e sistematizar seus contornos com base no entendimento doutrinário (nacional e estrangeiro, com as devidas adaptações), legislativo (afinal, no tema ora pesquisado, a lei foi a grande força motriz das mudanças operadas) e jurisprudencial.

Para enfrentar o tema proposto, o texto, à parte a presente introdução e a conclusão, divide-se em três partes.

A Parte 1 destina-se a apresentar a concepção tradicional das autorizações administrativas enquanto atos administrativos expedidos no exercício de poder de polícia típico da Administração Pública do Estado Liberal, derivadas da lógica de um Direito Administrativo ainda em estágio nascente, surgido em França em fins do séc. XVIII e início do séc. XIX. Ver-se-á a configuração inicial da autorização administrativa conforme elaborada pela doutrina tradicional, e as influências dessa concepção sobre a doutrina brasileira (até os dias de hoje).

Na Parte 2, a intenção é analisar o surgimento das autorizações administrativas regulatórias como resultado de mutações operadas no conceito de serviço público no transcurso do século XX, concomitantemente ao surgimento do jovem ramo do direito que se convencionou denominar de Direito Econômico. Após cotejo entre os sistemas europeu e brasileiro, notar-se-á que as autorizações regulatórias aparecem, nesse cenário, como instrumentos de política econômica estatal com o fito de instituir regime concorrencial em setores antes monopolizados pelo Estado.

² A título de ilustração, a pesquisa constatou que, no Brasil, há apenas uma obra específica que se debruça de forma exclusiva sobre o tema ora enfrentado, de autoria de Sara Jane Leite de Farias (FARIAS, Sara Jane Leite de. **Regulação jurídica dos serviços autorizados**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005). As demais fontes consultadas provêm ou de produções estrangeiras, ou de produção nacional que, no entanto, analisa o tema inserindo-o num quadro mais amplo – e, por isso mesmo, de forma não aprofundada. Isso sem esquecer, por óbvio, a pioneira obra de Cid Pompeu que, contudo, não enfrenta as autorizações do art. 21 da Constituição (POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização administrativa**. São Paulo: RT, 2009).

Ao que parece óbvio, todavia – e essa será a conclusão desta segunda parte –, o surgimento desta “nova roupagem” não implicou o esfacelamento das vestes tradicionais do instituto; justo ao contrário: ambas as espécies autorizatórias convivem no direito brasileiro hodierno, fazendo com que se alcance a constatação de que se deve compreender a noção de autorização administrativa como *gênero*, e não como *espécie* unitária, monolítica e imutável.

Finalmente, na Parte 3, constatada a divergência de fundo entre as autorizações de polícia e as autorizações regulatórias, procura-se verticalizar a análise do regime jurídico a que estas últimas se submetem, bem como as características que as conformam. Faz-se mister, nesse particular, enfrentar preliminarmente a crucial – e polêmica – questão da natureza jurídica da atividade submetida à autorização regulatória, possível mediante o cotejo, em destaque, dos artigos 21, XI e XII e 175 da Constituição da República Brasileira de 1988.

Posteriormente, serão apresentadas as previsões infraconstitucionais que, densificando o teor do art. 21, XI e XII da Constituição, mencionam as autorizações como títulos habilitantes do exercício, por privados, de atividades nos setores públicos da economia titularizados pela União. A partir daí, com apoio em apontamentos de cunho doutrinário, poder-se-á delinear um esboço de definição das autorizações regulatórias, possuidoras de características diametralmente opostas em comparação às autorizações de polícia, daí se extraindo um importante norte interpretativo do regime jurídico a que deve estar submetida a atividade autorizada.

Ao final, com fulcro nas considerações e ilações sacadas, apresentar-se-ão alguns cenários contemporâneos que têm desafiado a utilização das autorizações regulatórias, a exigir uma adequada interpretação do instituto, situação que se põe a exigir novos estudos por parte da doutrina especializada, que não pode se contentar em ignorar as novas autorizações, como se não existissem, ou – o que é ainda pior –, reconhecer sua existência, mas defini-las mediante recondução ao insatisfatório e inadequado conceito tradicional.

Será esse, em linhas mestras, o itinerário a ser percorrido no presente trabalho.

É comum em introduções de trabalhos acadêmicos a confissão atinente à despretensão do autor de esgotar o tema pesquisado. Em uma pesquisa como a presente, tal afirmação, mais do que pretensão do autor, configura um *dever*, ao se

constatar que o objeto pesquisado a cada dia ganha novos contornos³ – o que deriva, para além do ainda exigível aprofundamento doutrinário, principalmente do acelerado ritmo de mudanças exigido por setores sensíveis como os de infraestrutura, que sofrem forte impacto de inovações tecnológicas e são os principais alvos da atual política econômica brasileira. Como afirmou GAUDEMET, “se existe um domínio em que a regra do direito não pode aspirar à perenidade, esse é o domínio econômico”, visto que “as transformações das estruturas econômicas são hoje em dia tão rápidas que obrigam a frequentes revisões das regras administrativas”.⁴ Pretender esgotar uma temática como essa é assumir o risco (talvez mais que isso, é ter a certeza) de enfrentar constantes desapontamentos e frustrações.

Talvez se deva a essa incontornável realidade cambiante do objeto pesquisado a opção do autor pela estrutura pouco – quiçá nada – ortodoxa da presente dissertação: ao invés de organizar o texto a partir de uma perspectiva “funilar”, optou-se por fazê-lo de forma “linear”, em que os temas não são apresentados numa sequencial concatenação “gênero-espécie”, e sim pelo liame histórico que demonstra justamente o oposto: que o que se imaginava como sendo gênero (a autorização administrativa de polícia) é na verdade apenas uma espécie.

Ao que se espera, justifica-se tal opção na medida em que o tema pesquisado não se desenvolve a partir de uma perspectiva sincrônica, estacionada no tempo e no espaço, e sim justamente o oposto: a constatação de que as autorizações administrativas aplicáveis ao campo dos setores econômicos infraestruturais possuem características diferentes se comparadas às autorizações administrativas tradicionais depende, intrinsecamente, de uma análise diacrônica, pautada na História, que possibilite responder às indagações: como/quando/por que surgiram as autorizações administrativas? Como/quando/por que a definição inicialmente formulada não se aplica a todas as figuras que recebem o mesmo nome? Como deve ser tratada a nova feição das autorizações, em cotejo com as anteriores?

³ Exemplo recente é a conversão da Medida Provisória n. 595, de 06/12/2012, na Lei n. 12.815, de 05/06/2013, a nova Lei dos Portos, que introduziu no sistema a figura da autorização regulatória (já havia autorizações na legislação anterior, no entanto, não com as características das autorizações regulatórias – o tema será aprofundado adiante).

⁴ GAUDEMET *apud* LAUBADÈRE, André de. **Direito Público Económico**. Trad. Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985, p. 114.

São perguntas como estas que explicam (espera-se) a opção pela estrutura textual adotada, a qual demanda um cuidado predominantemente histórico, pautado nas razões para o surgimento e a institucionalização de determinados modelos, do que pragmático, pautado puramente na estática de um entendimento doutrinário que perdurou no tempo, ou mesmo de um singelo diploma legislativo (que, inegavelmente, é fruto de um ideário que o embasa).

Como afirma Giampaolo ROSSI, para analisar temáticas jurídicas que surgiram em momentos históricos fluidos e incertos, é preciso examinar o fenômeno inserto na inteireza do ciclo que o determinou, evitando-se levar em conta apenas o momento fugaz da posição pendular em que se encontra.⁵ Nessa perspectiva, somente um raciocínio jurídico comprometido com um viés histórico de progressiva descontinuidade pode explicar a complexidade da realidade normativa vigente, na exata medida em que consegue demonstrar, ao menos em parte, o motivo que levou ao surgimento das autorizações regulatórias, justificando a exigência de se buscar um novo conceito e a necessidade de incidência de um diversificado regime jurídico. Afinal, como disse Marc BLOCH, após concluir que a incompreensão do tempo presente nasce invariável e fatalmente da ignorância sobre o passado, “a ignorância do passado não se limita a prejudicar a compreensão do presente; compromete, no presente, a própria ação”.⁶

Desenvolver pesquisa em área de tamanha discussão é certamente um grande desafio, que deve ser enfrentado tendo em mente a sábia advertência de Floriano de Azevedo MARQUES NETO:

[...] quando nos debruçamos sobre temas novos ou no mínimo controvertidos, é sempre bom fazer a ressalva de que se está construindo um arcabouço teórico, para nós novo, a partir de dados da realidade

⁵ ROSSI, Giampaolo. Pubblico e privato nell'Economia di fini secolo. In: **Le trasformazioni del diritto amministrativo**. Milão: Giuffrè, 1995, p. 224-227. No que pertine especificamente ao objeto desta pesquisa, foi também essa a abordagem de Alejandro Blanco, ao afirmar ser necessária uma “aplicação de elementos históricos para buscar fundamentos a uma moderna explicação da natureza jurídica atual das técnicas de concessão e autorização administrativas”, sendo “imprescindível conhecer a evolução dos conceitos e textos jurídicos, para explicar como se chegou às modernas categorias” (BLANCO, Alejandro Vergara. El nuevo servicio público abierto a la competencia: da la *publicatio* al libre acceso. Coherencia de las viejas técnicas concesional y autorizacional. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Coord.). **Servicio Público y Policía**. Buenos Aires: Universitas, 2006, p. 46).

⁶ BLOCH, Marc. **Apologia da História, ou, o ofício do historiador**, trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 63. Noutra passagem, indaga o autor: “Em particular, como não experimentar com mais força esse sentimento em relação à história, ainda mais claramente predestinada, acredita-se, a trabalhar em benefício do homem na medida em que tem o próprio homem e seus atos como material?” (*Ibidem*, p. 45).

econômica e jurídica pouco consolidados. E quem se dedica a esta tarefa sempre deve se despir de seus preconceitos, resistir à análise que se mostrar mais óbvia e tentar buscar a totalidade dos aspectos envolvidos, tentando, se possível, apreender o núcleo do que se discute.⁷

Partilhando desta filosofia, também alertou Carlos Ari SUNDFELD:

É normal que as instituições jurídicas mudem, abandonando tradições e incorporando novas influências. O espírito humano tem a natural tendência de defender a “velha ordem” e de rejeitar as intrusões – e a rejeição é tanto maior se elas ocorrem no bojo de processos política ou economicamente indesejados – mas a condenação jurídica não pode basear-se no puro e simples preconceito.⁸

É assim, livrando-se ao máximo dos pré-conceitos, lugares-comuns, palpites e tradições, que nos lançamos à pesquisa ora proposta.

Debruçada sobre os contratos administrativos, Maria João ESTORNINHO teceu divertidas considerações. Afirmou a autora que o tema se assemelha a um “velho sótão”, terreno propício para “descobertas inesperadas e onde, sob a aparente quietude, tudo continua em desordem”. Por isso mesmo, a autora se propõe a descobrir algumas “reliquias” e afastar algumas “teias de aranha”.⁹

A presente pesquisa se propõe a algo muito semelhante no fértil terreno das autorizações administrativas. Convida-se o leitor a calçar galochas, apanhar uma lanterna e adentrar com o autor este velho sótão, “em busca das autorizações administrativas perdidas”.¹⁰

⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Universalização de Serviços públicos e Competição: o caso da distribuição de gás natural. **Revista de Direito Administrativo**, n. 223, Rio de Janeiro, jan./mar. 2001, p. 134.

⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na era do Direito Global. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 163.

⁹ ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 13-14.

¹⁰ Parafraseando o brilhante título de Vasco Pereira da Silva: SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 2003.

PARTE 1 – AS AUTORIZAÇÕES ADMINISTRATIVAS DO PASSADO

Para a delimitação conceitual embrionária das autorizações administrativas, é imprescindível inseri-las no contexto histórico-político do Direito Administrativo, já que – isso não é nenhuma novidade – a compreensão de institutos e noções jurídicas é inevitavelmente partidária da concepção do Estado e de suas funções vigente à época de sua formulação.

Nesse prisma, as construções doutrinárias a respeito das autorizações administrativas, difundidas a partir de fins do século XVIII e início do século XIX, trazem consigo os reflexos de um Direito Administrativo ainda jovem, carente de sistematização científica sólida e, mais do que isso, ainda fortemente vincado numa compreensão autoritária, unilateralizada das funções do Estado – e, por conseguinte, da Administração Pública.

1. AS ORIGENS DO DIREITO ADMINISTRATIVO: ENTRE OS MITOS E A REALIDADE

Segundo os registros da História “oficial”, o Brasil foi “descoberto” por volta de 1500 pelos Portugueses, liderados por Pedro Álvares Cabral, que seguiam em frota para as Índias para fins comerciais e que, por um “erro de cálculo” e por efeito de fortes ventos e correntes marítimas, acabaram desembarcando na América. É essa a versão histórica relatada nas aulas do ensino fundamental, repetida no ensino médio, avaliada no vestibular e sabida por todos. O que muitos desconhecem, no entanto, é que, com base em dados históricos robustos e de (até agora) pouca dispersão: (i) provavelmente os portugueses chegaram ao Brasil pela primeira vez antes de 1500, por volta de 1492; (ii) os portugueses pretendiam deliberadamente abarcar em terras brasileiras, eis que já sabiam de sua existência, e não houve nenhum erro de cálculo que os tenha feito se desviar das Índias; (iii) o Brasil foi provavelmente “descoberto” pelos chineses, na década de 20 do séc. XV.¹¹

Tal qual a história do descobrimento (ou, melhor dizendo, da conquista) do Brasil, também o Direito Administrativo possui uma “história oficial” em contraste com uma versão histórica de menor difusão.

¹¹ Sobre o tema, cf., por exemplo: MENZIES, Gavin. **1421**: o ano em que a China descobriu o mundo. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

Costuma-se afirmar que o efetivo surgimento do ramo autônomo passível de ser denominado “Direito Administrativo” se deu após a Revolução Francesa, em fins do séc. XVIII. É corrente na doutrina (estrangeira e pátria)¹² a menção à lei 28 *pluviose* do ano VIII (1800) como ato de nascimento do direito administrativo, que “pela primeira vez deu à Administração francesa uma organização juridicamente garantida e exteriormente obrigatória”.¹³

Nessa linha, encara-se o Direito Administrativo como ramo revolucionário do direito: somente um Estado de Direito submisso às leis, e não mais um Estado Absoluto, soberano e autoritário, permitiria a emergência de um Direito Administrativo “autêntico”, e a subserviência do poder soberano à lei, nessa visão, teria ocorrido com a Revolução Francesa.

Veja-se, senão, a afirmação de BERTHÉLEMY:

O Direito administrativo nasceu e se desenvolveu quando o regime de direito – ou melhor, o regime de legalidade – sucedeu ao regime de polícia. Esta passagem se efetuou na França de um só golpe. A Revolução fez tábula rasa do passado; o novo edifício que se elevará sobre suas ruínas não deve utilizar nenhum dos seus materiais.¹⁴

No mesmo sentido, Jean RIVERO afirma que Revolução Francesa operou verdadeira destruição, “pela qual a quase totalidade da administração do Antigo Regime desaparece; e, ao menos em aparência, a *tabula rasa*, a ruptura total com o passado”.¹⁵

No Brasil, visão otimista dos reflexos da Revolução Francesa na moldagem do Direito Administrativo durante o século XIX é apresentada por Caio TÁCITO, ao ponderar que “o episódio central da história administrativa do século XIX é a subordinação do Estado ao regime de legalidade”.¹⁶ De sua parte, Celso Antônio Bandeira de MELLO afirma categoricamente que o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito, com a finalidade de, em antítese ao período histórico

¹² Vide, por exemplo: RIVERO, Jean. **Droit Administratif**. 10.ed. Paris, Dalloz, 1983, p. 21; CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**, v. 1. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 239.

¹³ ZANOBINI, Guido. **Corso di Diritto Amministrativo**, v.1. Milão: Giuffrè, 1958, p. 41.

¹⁴ A afirmação é retirada do Prefácio da edição francesa da célebre obra de Otto Mayer, traduzida para o espanhol: MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1949, p. IX.

¹⁵ RIVERO, Droit Administratif... *op. cit.*, p. 22.

¹⁶ TÁCITO, Caio. Evolução Histórica do Direito Administrativo. In: TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público: estudos e pareceres**, v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 2.

precedente, disciplinar o poder, contê-lo, e inaugurar direitos aos administrados (que não são mais súditos).¹⁷ E resume afirmando que o Direito Administrativo

[...] surge exatamente para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do Poder estatal. *Ele é, por excelência, o Direito defensivo do cidadão [...], um filho legítimo do Estado de Direito, um Direito só concebível a partir do Estado de Direito: o Direito que instrumenta, que arma o administrado, para defender-se contra os perigos do uso desatado do Poder.*¹⁸

Para o autor, a impressão de que o Direito Administrativo foi concebido em favor do Poder é errônea, e é partidária de uma interpretação equivocada das prerrogativas que, em França, foram atribuídas com exclusividade ao Poder Público, e que fizeram do Direito Administrativo um direito exorbitante em relação ao “direito comum”.¹⁹

Também Maria Sylvia Zanella DI PIETRO afirma que a formação do Direito Administrativo teve início no Estado Moderno, a partir do desenvolvimento do conceito de Estado de Direito. Daí afirmar que “o Direito Administrativo nasceu das Revoluções que acabaram com o velho regime absolutista que vinha da Idade Média”.²⁰

O entendimento dessa corrente doutrinária foi explicitado – mas não de forma acríica – por Floriano de Azevedo MARQUES NETO:

[...] desde o surgimento dos seus primeiros lineamentos, o Direito Administrativo é alicerçado sobre uma dada concepção de Estado, inerente à Modernidade. Reforça-se, a partir desta concepção, a visão dele como um campo do Direito preferencialmente voltado à delimitação do poder do Estado, como uma proteção dos particulares contra o sempre presente risco de exercício arbitrário do poder político.²¹

A versão do surgimento do Direito Administrativo retratada pela doutrina acima citada – que parece ser a mais difundida –, a despeito de certamente retratar com correção *uma parcela* do fenômeno histórico analisado, não pode conduzir ao

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 47.

¹⁸ *Ibidem, idem.*

¹⁹ *Ibidem*, p. 43-44.

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 2.

²¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 64.

equivoco de fazer supor que, na gênese deste ramo do Direito, houve completa descontinuidade com relação ao regime absolutista anterior.

Nesse espectro, embora pareça correto afirmar que o Direito Administrativo teve, sim, sua origem no bojo da Revolução Francesa,²² não parece de todo correta a correlação automática (e romântica)²³ comumente feita entre o Estado de Direito e um suposto caráter revolucionário, “insubordinado”, do Direito Administrativo.

Assim, no que toca às origens do Direito Administrativo, outro setor da doutrina afirma que, a despeito de ter sido fruto da revolução, o ramo não teve um desígnio completamente revolucionário, tendo sido, em boa medida, escravo das notas de imperatividade e autoritarismo do paradigma estatal recém-derrocado pela burguesia francesa – o *Ancien Régime*. Para essa linha de raciocínio, é inadequada historicamente a postura que defende uma “ilusão garantística da gênese” do Direito Administrativo.²⁴

Assim reflete José LÓPEZ-MUÑIZ, ao afirmar que “o direito administrativo é herdeiro de riquíssima bagagem jurídico-política, construída em séculos de cultura jurídica europeia”,²⁵ com o que assente Alejandro NIETO, para quem “o direito administrativo do século XIX não rompe com o do Antigo Regime, pois nem na história nem no direito cabem bruscas soluções de continuidade”.²⁶ Ainda em solo espanhol, afirma Luciano PAREJO ALFONSO que, do Estado absoluto para o Estado Liberal, a ruptura não foi total, existindo “linhas de continuidade, através das quais são vertidos e conseguem sobreviver conteúdos do Antigo Regime”,²⁷ com o que concorda SANTAMARÍA PASTOR, para quem “é equivoco pensar a Revolução como um processo de ruptura e destruição da Administração absolutista”.²⁸

²² O estudioso de Direito Comparado Mário Losano é categórico ao afirmar, nessa medida, que o Direito Administrativo é produto exclusivo da Revolução Francesa, de modo que não pode se falar na existência de tal ramo nos países que não sofreram os influxos revolucionários do século XVIII (LOSANO, Mário G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos**. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 93).

²³ O adjetivo é atribuído por Gustavo Binembojm, que, logo adiante, afirma que “a história da origem e do desenvolvimento do direito administrativo é bem outra. E o *diabo*, como se sabe, está nos detalhes” (BINEMBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 11).

²⁴ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 271.

²⁵ LÓPEZ-MUÑIZ, José Martínez. **Introducción al derecho administrativo**. Madri: Tecnos, 1986, p. 132.

²⁶ NIETO, Alejandro. **Estudios históricos sobre Administración y derecho administrativo**. Madri: INAP, 1986, p. 145.

²⁷ PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO, A; ORTEGA ÁLVAREZ, L.. **Manual de Derecho Administrativo**. 5. ed. Barcelona: Ariel, 1998, p. 7.

²⁸ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. **Fundamentos de Derecho Administrativo**, v. I. Madri: Centro de Estudios Ramon Areces, 1991, p. 137.

Na doutrina italiana, Mario NIGRO pondera que “o Estado liberal, sobretudo no que diz respeito à Administração, não derruba os princípios do Estado absoluto, mas os desenvolve e adapta”,²⁹ no que é seguido por Giorgio BERTI (“a Administração recolheu resíduos do absolutismo estatal e tornou-se meio de sua perpetuação”)³⁰ e por Umberto ALLEGRETTI.³¹

No Brasil, afirma Gustavo BINEMBOJM:

A associação da gênese do direito administrativo ao advento do Estado de direito e do princípio da separação de poderes na França pós-revolucionária caracteriza erro histórico e reprodução acrítica de um discurso de embotamento da realidade repetido por sucessivas gerações [...]. O surgimento do direito administrativo e de suas características jurídicas peculiares [...] representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação. A juridicização embrionária da Administração Pública não logrou subordiná-la ao direito; ao revés, serviu-lhe apenas de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos.³²

Numa análise ponderada, consigna Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO:

Estranhamente, [...] o *Poder Executivo*, sede da Administração Pública, [...] não apresentou qualquer destaque significativo na mesma linha de efetiva absorção dos princípios liberais. Ao contrário, sua evolução seguiu uma principiologia oposta, dando ênfase a institutos que reforçavam o *poder de império* do Estado.³³

Adiante na mesma obra, prossegue:

O Direito Administrativo nasce no crepúsculo do *absolutismo* e sob o signo da *imperatividade*, daí perpassar-lhe um forte sentido de *assimetria* – substantiva e adjetiva – entre a Administração Pública, de um lado, e os indivíduos e os entes civis de sua criação, de outro. [...] A *imperatividade*, com raízes no vetusto conceito de *jus imperii*, é invocada como o fundamento formal das prerrogativas da Administração Pública. [...] Em suma: a *imperatividade*, enquanto princípio excepcionador da *igualdade perante a lei*, induzia a *assimetria*, que, por sua vez, justificava a multiplicação de *prerrogativas* de toda sorte. Foi este o conceito de *imperatividade* recepcionado pela Revolução Francesa.³⁴

²⁹ NIGRO, Mario. Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, n. 749, jul.-set. 1970.

³⁰ BERTI, Giorgio. **Diritto e Stato**. Padua: Cedam, 1986, p. 230.

³¹ ALLEGRETTI, Umberto. **Profilo di storia costituzionale italiana**. Bolonha: Il Mulino, 1989, p. 471-472.

³² BINEMBOJM, Uma Teoria... *op. cit.*, p. 11.

³³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 9.

³⁴ *Ibidem*, p. 406-407.

Acompanha o raciocínio Egon Bockmann MOREIRA, ao pontuar que “muitos dos vícios do Estado absolutista, de tão enraizados na História e nos hábitos institucionais, permaneceram vivos no período pós-revolucionário”, de modo que “várias das características do tempo pré-revolucionário [...] unidas a temores antigos [...] fizeram com que determinadas práticas permanecessem íntegras”.³⁵

O raciocínio é historicamente explicável: a Revolução Francesa, a despeito de realmente ter conduzido ao surgimento de um Estado de Direito submetido aos comandos legais, foi uma revolução “manobrada” pela burguesia para destronar o príncipe e instituir, em seu lugar, um governo em favor de seus interesses. Os revolucionários burgueses tornaram-se governantes, e, como tal, naturalmente pretenderam se perpetuar no poder. Veja-se, senão, a afirmação de Mário LOSANO, para quem o Direito Administrativo se apresenta como “o direito que o Estado burguês usa para se defender tanto contra a classe nobiliária eliminada, quanto contra a classe popular que, usada como aliada no decorrer da revolução, foi reprimida depois da tomada do poder”.³⁶

Destarte, a despeito da importância da revolução para a instauração de um Estado de Direito, com apoio filosófico em princípios como o da separação dos poderes, difundido à época por Montesquieu, este formato estatal não afastou por completo a modelagem absolutista até então dominante: a burguesia governava, legislava e controlava seus próprios atos.³⁷ Embora o surgimento do Direito Administrativo tenha sido possível, portanto, com a submissão do poder soberano à lei, tanto o poder quanto a lei emanavam dos vencedores da revolução.³⁸ Novamente, colhe-se de Mário LOSANO:

Essa posição subordinada do cidadão em relação ao Estado faz do direito administrativo um instrumento para a gestão centralizada do Estado por parte de quem detém o poder político. Explica-se assim por que o Estado da restauração, substituindo-se ao da Revolução, conservou o direito

³⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. O Princípio da Legalidade, a Lei e o Direito. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 49-50.

³⁶ LOSANO, Os Grandes... *op. cit.*, p. 93. Para Massimo Giannini, na época do Estado que o autor denomina Estado Monoclasse, “os Parlamentos representam a classe dominante, isto é, a classe burguesa” (GIANNINI, Massimo Severo. **Il Pubblico Potere**: stati e amministrazioni pubbliche. Bolonha: Il Mulino, 1986, p. 35-36).

³⁷ O princípio da separação dos poderes mereceu em França interpretação peculiar. Sobre o tema, cf.: SILVA, Em busca... *op. cit.*, p. 11-37. É por isso que, segundo Prosper Weil, referido princípio foi utilizado como verdadeira “máquina de guerra” contra os tribunais judiciais (WEIL, Prosper. **O Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1977, p. 127).

³⁸ BINEMBOJM, Uma Teoria... *op. cit.*, p. 11-15.

administrativo: a arma se revelava eficaz mesmo quando apontada para um alvo diferente do originário.³⁹

Daí porque o Direito Administrativo, embora surgido com a Revolução Francesa, já nasceu imbuído de certa tradição, herdeiro de um ranço absolutista e, por isso mesmo – e paradoxalmente – é um direito revolucionário reacionário: nasceu na revolução, mas permeado pelo propósito de perpetuar no poder os burgueses vencedores. O surgimento do Estado de Direito e a separação de poderes, nessa aproximação, são fatores que se conjugam a outros, vetorialmente opostos, na complexa demarcação de terreno do Direito Administrativo em surgimento.⁴⁰

Lembre-se, ademais, que o Direito Administrativo, nascido num “acidente de percurso”,⁴¹ teve em sua origem forte cunho de *judge made law*, visto que foi construído judicialmente de forma paulatina e progressiva pelas decisões do Conselho de Estado francês,⁴² órgão de julgamento das questões administrativas que foi o grande responsável pelo “registro de nascimento” do Direito Administrativo (notadamente com o *Arrêt Blanco*).

Note-se, nessa perspectiva, que a instauração, em França (berço da Revolução), de um órgão dentro do Executivo com atividade de cunho jurisdicional, exclusivo para julgar matéria administrativa, traduz de forma clara a relativa continuidade que se pretendeu realçar linhas acima entre as práticas do Absolutismo e aquelas do Estado pós-Revolução,⁴³ e os reflexos disso no ramo do direito recém-criado. O Direito Administrativo, como que num milagre, “emerge lentamente do nada”.⁴⁴

³⁹ LOSANO, Os Grandes... *op. cit.*, p. 94.

⁴⁰ Binembojm chega ao extremo de afirmar que a ideia de Estado de Direito e as que dela derivam (como a separação dos poderes) não foi senão um simples pretexto, mera figura retórica que não simboliza qualquer ruptura, senão uma solução de continuidade com o Antigo Regime (BINEMBOJM, Uma Teoria... *op. cit.*, p. 13).

⁴¹ GUIMARÃES, Bernardo Strobil. Ato administrativo e ato da administração: existe ainda algum sentido nesta distinção? In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Os Caminhos do Ato Administrativo**. São Paulo: RT, 2011, p. 72.

⁴² De acordo com Bernardo Guimarães, “foi o progressivo descolamento da jurisprudência das soluções encontradas à luz dos referenciais do Direito Civil que possibilitou a afirmação de um espaço de autonomia teórica do Direito Administrativo” (*Ibidem, Idem*).

⁴³ É esse o pensamento de George Vedel e Pierre Devolvé, que, acerca do contencioso administrativo francês, afirmam que “a concepção que prevaleceu, sob a sua fachada jurídica, traduzia uma concepção política herdada da experiência do Antigo Regime: a desconfiança perante o poder judicial” (VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. **Droit Administratif**, v. I. 12. Ed. Paris: P.U.F., 1992, p. 99).

⁴⁴ A afirmação é extraída de: WEIL, O Direito... *op. cit.*, p. 7-10.

Na feliz comparação de Prosper WEIL, “o Conselho de Estado secretou o Direito Administrativo como uma glândula secreta seu hormônio”,⁴⁵ porquanto foi inicialmente construído e aplicado por um órgão do Executivo com função jurisdicional e competência específica para tratar de matéria administrativa, fato que relativiza a separação dos poderes do novel Estado de Direito e que explica a manutenção, no Direito Administrativo embrionário, de alguns instrumentos típicos do Antigo Regime.⁴⁶ Homem à frente de seu tempo, TOCQUEVILLE já concluía que, em matéria de contencioso administrativo, “não fizemos mais do que encontrar uma fórmula, ao Antigo Regime pertence a ideia”.⁴⁷ É por isso que, para Vasco M. da SILVA, o “pecado original” do contencioso administrativo foi o de ter nascido como “um contencioso privativo da Administração”.⁴⁸

Com fulcro no que foi exposto acima, a doutrina que intenta desconstruir a “gênese libertária” do Direito administrativo resume em três palavras a orientação básica do “regaliano”⁴⁹ Direito Administrativo dos séculos XVIII e XIX, imbuído num “paradigma de razão monológica”,⁵⁰ que aqui denominaremos de “Direito Administrativo Tradicional”: imperatividade, autoritarismo e unilateralidade.

Deve-se fazer aqui, no entanto, uma observação importante. A reprodução de práticas absolutistas no período pós-revolucionário não pode conduzir à apressada – e de certo modo anacrônica – conclusão de que a Revolução Francesa foi movimento que em nada alterou a realidade. Tratou-se, como sabido por todos, de revolução verdadeira, rompedora de paradigmas, e que, se de um lado permitiu a sobrevivência de práticas do antigo regime (algumas delas, aliás, que se reproduzem até os dias de hoje – por exemplo, a noção de “polícia”),⁵¹ de outro, certamente propiciou alterações na formatação estatal até então dominante,

⁴⁵ WEIL, O Direito... *op. cit.*, p. 15, tradução adaptada.

⁴⁶ Não é diversa a conclusão de Gustavo Binembojm, para quem tal construção evidencia “a criação de um direito processual administrativo, consagrando inúmeras regras de privilégio em favor da Administração”, produzindo um processo de “imunização decisória dos órgãos do Poder Executivo”. E remata: “Na melhor tradição absolutista, além de propriamente administrar, os *donos do poder* criam o direito que lhes é aplicável e o aplicam às situações litigiosas com caráter de definitividade” (BINEMBOJM, Uma Teoria... *op. cit.*, p. 14-15). No mesmo passo, reflete Moreira Neto que o contencioso administrativo francês não existiu senão para reforçar e proteger a autonomia do Executivo (MOREIRA NETO, **Mutações do Direito Administrativo**, *op. cit.*, p. 10).

⁴⁷ TOCQUEVILLE, Alexis de. **L’Ancien Régime et la Révolution**. Paris: Gallimard, 1967, p. 123.

⁴⁸ SILVA, Em busca... *op. cit.*, p. 28.

⁴⁹ O adjetivo é extraído de: MOREIRA NETO, Mutações do Direito Administrativo, *op. cit.*, p. 17.

⁵⁰ A expressão foi retirada de: FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e o reexame dos institutos da autorização de serviço público, da convalidação e do “poder de polícia administrativa”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 311.

⁵¹ MEDAUAR, O **Direito Administrativo em Evolução**. 2. Ed. São Paulo: RT, 2003, p. 19.

propiciando o surgimento de um Direito Administrativo voltado à proteção do particular – o *Arrêt Blanco* é típico exemplo disso.⁵²

É nesse sentido a forte crítica de Emerson GABARDO. Após anotar que “vem tomando corpo a moda de encontrar nas bases históricas do Direito administrativo um caráter autoritário”, e que essa forma de raciocínio não constitui novidade historiográfica, o autor conclui que “ver na origem dos ‘institutos administrativos’ [...] um ranço autoritário é um equívoco flagrante”, sendo “anacronismo imaginar que a experiência autoritária com a qual conviveu o Direito administrativo em seus primeiros passos realmente o marque como um instrumento normativo essencialmente autoritário”.⁵³ O autor reconhece, no entanto, que “a realidade política de antes e depois era igualmente arbitrária”, porém aduz ser “ingênuo imaginar que seria arbitrária da mesma forma”: o Direito Administrativo pós-revolucionário, por certo, não surgiu inserido numa realidade completamente distinta e transformada, e para o autor, tal se deve principalmente ao ainda fraco desenvolvimento do ramo no período. Contudo, em sua exposição, o paulatino avanço dos institutos do Direito Administrativo veio no sentido de incorporar garantias aos cidadãos, e não o inverso.⁵⁴

Destarte, se parece equivocado, de um lado, supor que a Revolução rompeu completamente com os paradigmas teórico-filosóficos vigentes no Antigo Regime, como propalado pela visão puramente garantística da gênese do Direito Administrativo, é igualmente equivocado concluir que ela os manteve integralmente incólumes (senão, afinal, revolução não seria). Ambas as soluções (ruptura e continuidade) se fizeram presentes, fazendo do Direito Administrativo um ramo germinalmente bipolar.⁵⁵ A conclusão encontra respaldo doutrinário.

⁵² Esse aresto, na medida em que firmou a responsabilidade da Administração em indenizar cidadão vítima de dano, quebra com certos paradigmas tradicionais da responsabilização estatal, refletindo, portanto, o paradoxo multifacetário do surgimento do Direito Administrativo: um direito carregado de traços autoritários do antigo regime, e ao mesmo tempo impulsionado ao reconhecimento de garantias aos cidadãos. Para Vasco M. P. D. P. da SILVA, este é o “milagre” do Direito Administrativo (SILVA, Em busca..., *op. cit.*, p. 35).

⁵³ GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 250; 261-262.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 255-256.

⁵⁵ A conclusão acerca da “bipolaridade” do Direito Administrativo não impediu, no entanto, que François Burdeau averiguasse qual dessas orientações preponderou. Após tecer exaustiva análise acerca das alterações provocadas pela Revolução na concepção da Administração Moderna, concluiu Burdeau que, ainda que tenha havido rupturas, as *continuidades* a elas se sobrepuseram. Assevera: “A Revolução atribuiu à Administração características totalmente diferentes daquelas que antes lhe emprestava o Antigo Regime? Engendrou um sistema que rompeu realmente com as tendências profundas, os métodos, o estilo geral e características da antiga monarquia? Ao que

José SANTAMARÍA PASTOR afirma que “o Direito Administrativo será o ponto de convergência das técnicas de ação absolutistas com as exigências de liberdade e garantia que a grande revolução traz”.⁵⁶ Foi também essa a conclusão de Vasco da SILVA:

A teorização do Estado democrático e liberal apresentava, pois, uma “costela” autoritária, ao lado de uma “costela” liberal, o que permite explicar a relação de continuidade existente entre o Estado absoluto e o Estado liberal. O Estado liberal [...] era, no fundo, o resultado de um compromisso entre princípios liberais, ao nível da organização do poder político, e princípios autoritários, ao nível do funcionamento e controle da Administração.⁵⁷

No Brasil, Floriano de Azevedo MARQUES NETO aponta que é “discutível a associação que muita vez se faz entre o surgimento do direito administrativo e a contenção do poder”, visto que “o surgimento do direito administrativo atende também à necessidade de viabilização e efetivação do poder, num quadro de afirmação do Estado Moderno”. Diante dessas premissas, remata o autor afirmando que “o Direito Administrativo se equilibra permanentemente entre o vetor da efetivação e o vetor da limitação do poder, oscilando no predomínio de um ou outro”.⁵⁸ Noutra oportunidade, o mesmo autor afirma que a “relação do Direito Administrativo com o atrelamento do poder político à legalidade (limitação ao exercício do poder político) [...] não serve para obscurecer o peso que tem a noção de *autoridade* na construção do modelo teórico”,⁵⁹ porquanto “toda a formulação teórica do Direito Administrativo [...] é erguida em torno e com vistas ao tratamento das relações que envolvem a autoridade pública”.⁶⁰

Pondera, nesse prisma, Odete MEDAUAR:

Melhor se configura orientação que leva em conta os dois aspectos, sem extremos, para vincular o direito administrativo à Revolução Francesa em termos de princípios, não em virtude da origem de um tipo de organização; e para levar em conta noções e mesmo práticas do Antigo Regime

parece, nessa área, as continuidades superam as rupturas” (BURDEAU, François. **Histoire de l'administration française**. Paris: Montchrestien, 1994, p. 68).

⁵⁶ SANTAMARÍA PASTOR, Fundamentos... *op. cit.*, p. 130.

⁵⁷ SILVA, Em busca... *op. cit.*, p. 16.

⁵⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Os Caminhos do Ato Administrativo**. São Paulo: RT, 2011, p. 98-99 (nota de rodapé).

⁵⁹ MARQUES NETO, Regulação Estatal e Interesses Públicos... *op. cit.*, p. 65.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 66-67.

acolhidas em parte pelo direito em formação, embora em outro contexto sociopolítico.⁶¹

O próprio Gustavo BINEMBOJM, em certo ponto, alivia o peso de sua crítica:

Assim, se não é mais possível compactuar com a visão *romântica* de um surgimento milagroso e pleno de boas intenções (voltadas permanentemente à proteção da cidadania e ao controle jurídico do poder), tampouco seria lícito advogar que uma monolítica razão *maquiavélica* (no sentido de uma lógica de preservação do poder) esteve sempre por trás de todo o desenvolvimento do direito administrativo. Mais correto é pensar a evolução histórica da disciplina como uma sucessão de *impulsos contraditórios*, produto da tensão dialética entre a *lógica da autoridade* e a *lógica da liberdade*.⁶²

Como afirma Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, desde o princípio, o direito administrativo foi caracterizado por um duplo aspecto: “de um lado voltado para a manutenção da autoridade do poder público e, de outro, para o respeito das liberdades dos cidadãos”.⁶³

Com base no raciocínio acima exposto, pode-se chegar à conclusão de que, em seu gérmen, o Direito Administrativo recém-nascido foi marcado por um caráter “bipolar”: revolucionário e ao mesmo tempo permeado por traços de autoritarismo, imperatividade e unilateralidade, a serviço da burguesia no poder. Diante disso, não se pode imaginar que a compreensão de uma “gênese autoritária” do Direito administrativo, tal qual apresentada nas linhas precedentes, descreva o fenômeno histórico em sua totalidade – certamente não o faz (e nem se pretendia que assim fosse). As linhas acima intentaram, pura e simplesmente, demonstrar que a “história rankeana” do surgimento do Direito Administrativo não é tão impávida como usualmente relatada, e que, na prática, o “preto no branco” é permeado por escalas de cinza.

Como bem pontuou Egon Bockmann MOREIRA, “muito embora a Revolução tenha pretendido a instalação de um novo estado de coisas e respectiva transformação social, fato é que a História não se submete a cortes de tamanha precisão”.⁶⁴ Na mesma linha, Emerson GABARDO assevera:

⁶¹ MEDAUAR, O Direito Administrativo em Evolução..., *op. cit.*, p. 21.

⁶² BINEMBOJM, Uma Teoria... *op. cit.*, p. 18.

⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 25.

⁶⁴ MOREIRA, O Princípio da Legalidade... *op. cit.*, p. 49.

A história sempre tem mais de um lado e sua constituição em variadas versões é algo pra além de prosaico. Ao propor uma diferente origem do Direito administrativo, em certa medida viciada, porque autoritária, a pretensa ‘nova interpretação’ nada mais faz do que recusar a importância tanto do aspecto real quanto da face simbólica da legislação revolucionária e do pensamento liberal francês [...] Se a teoria tradicional talvez prestigiasse demasiadamente a “metade cheia do copo”, os seus críticos, agora, parecem só enxergar a “metade vazia”.⁶⁵

Assim, se de um lado pecam os defensores acríticos da história “copo cheio” do Direito Administrativo, ao crerem romanticamente na ilusão da gênese plenamente garantista desse ramo do direito, deslizam também seus ferrenhos opositores, ao refutarem por completo as importantes repercussões que a Revolução teve na reformulação do formato estatal absolutista, e ao defenderem, nessa medida, uma história “copo vazio”. O Direito Administrativo surgiu, destarte, a meio caminho entre as duas posturas, ressaltando ambas as tendências.

2. REFLEXOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO TRADICIONAL NA CONFIGURAÇÃO DA NOÇÃO CLÁSSICA DE AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

A compreensão de um Direito Administrativo tradicional, permeado por valores de imperatividade e unilateralidade (ainda que, em alguns pontos, comprometido com a securitização de garantias aos cidadãos, como acima visto) não poderia logicamente deixar de influenciar a concepção dogmática dos instrumentos de atuação da Administração Pública de outrora.⁶⁶ O Antigo Regime, se de um lado influenciou “negativamente” a instauração do Novo Regime, que intentou superá-lo, de outro lado serviu simultaneamente “de fonte inspiradora das novas instituições, provando uma vez mais a relação de continuidade existente entre o Estado absoluto e Estado liberal”.⁶⁷

Nessa ordem de ideias, o instrumento de atuação típico da Administração Pública durante o transcurso do século XIX (e mesmo durante o século XX, que manteve a orientação) foi o *Ato Administrativo*, derivado dos *actum principis* do

⁶⁵ GABARDO, Interesse Público... *op. cit.*, p. 255.

⁶⁶ De acordo com Binembojm, as categorias básicas do direito administrativo “são tributárias deste pecado original consistente no estigma da *suspeita de parcialidade* de um sistema normativo criado pela Administração Pública em proveito próprio” (BINEMBOJM, **Uma Teoria...** *op. cit.*, p. 15). Interessante incursão acerca da dimensão da autoridade nos contratos administrativos pode ser extraída em: MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 38-54. Para Maria João Estorninho, longe de ser um sinal de modernidade, o contrato administrativo francês encobre técnicas autoritárias da Administração (ESTORNINHO, Réquiem... *op. cit.*, p. 58-59).

⁶⁷ A afirmação é de SILVA, Em busca..., *op. cit.*, p. 24.

Antigo Regime⁶⁸ e compreendido enquanto emanção de vontade administrativa de cunho unilateral e imperativo, dotado de forte carga de autoritarismo, que permitia ao governante ordenar discricionariamente tudo quanto desejasse – e que, portanto, preservava os tradicionais “princípios de autoridade” do Absolutismo, tornando a Administração Pública “o ramo mais conservador do Estado”.⁶⁹

A expressão “ato administrativo” foi utilizada pela primeira vez por Merlin, em 1812, na 4ª edição de seu “Repertório Guyot”. De lá para cá – até os dias de hoje –, a expressão tem sido definida com acento nas características de autoridade, unilateralidade e imperatividade.⁷⁰

Nesse espectro, conceituou ato administrativo Otto MAYER, em 1895, como “o pronunciamento autoritário de pertinência da administração, determinativo no caso particular para o súdito do que para ele deve ser conforme o direito”.⁷¹ Posteriormente, Fritz FLEINER conceituou-o como “ação autoritária do órgão administrativo que constitui, modifica ou extingue relações jurídicas entre a administração e o administrado”. Para FLEINER, “o elemento diferenciador da administração pública em relação aos particulares decorre do caráter autoritário e unilateral da ação administrativa”.⁷² Ainda em território alemão, Ernst FORSTHOFF afirmara que “o ato administrativo é uma declaração soberana unilateral”.⁷³

Em França, Pierre DEVOLVÈ definiu o ato administrativo como “ato jurídico adotado unilateralmente por uma autoridade administrativa, dizendo respeito à ordenação jurídica e afetando os direitos e as obrigações de terceiros sem seu

⁶⁸ Conforme Odete Medauar: “A origem do ato administrativo vem explicada também como continuidade ou adaptação da figura do *actum principis* do Estado Liberal, pois as ideias de separação de poderes e Estado de Direito seriam insuficientes para criá-lo” (MEDAUAR, O Direito Administrativo em Evolução... *op. cit.*, p. 202). Para a autora, os *actum principis* são atos “sem forma jurídica específica, com denominações diversas [...], mediante os quais o monarca, de modo minucioso, transmitia determinações sobre a realização dos serviços e atividades e sobre a conduta de órgãos [...]” (*Ibidem*, p. 21).

⁶⁹ MOREIRA NETO, Mutações do Direito Administrativo..., *op. cit.*, p. 10-11.

⁷⁰ Há diversos estudos, bastante completos, que se debruçam sobre a figura dos atos administrativos. Uma profunda verticalização do conceito faz, por exemplo: EISENMANN, Charles. **Cours de Droit Administratif**, Tomo II. Paris: Livraria Geral de Direito e Jurisprudência, 1983, p. 33 e seguintes; 136 e seguintes; 371 e seguintes; e 678 e seguintes. De outra parte, bom apanhado das posições doutrinárias acerca da figura é retirada de: GARRIDO FALLA, Fernando. **Tratado de Derecho Administrativo**. Vol. 1. Madri: Tecnos, 2005, p. 545 e seguintes.

⁷¹ Conforme tradução feita, do original, por Vasco da Silva: “manifestação da Administração autoritária que determina o direito aplicável ao súdito no caso concreto” (SILVA, Em busca..., *op. cit.*, p. 66).

⁷² FLEINER, Fritz. **Les principes généraux du droit administratif allemand**. Paris: Dellagrave, 1933, p. 44-46. Sobre o tema, aprofundar em: MATTARELLA, Bernardo Giorgio. **L'imperatività del provvedimento amministrativo**. Pádova: CEDAM, 2000.

⁷³ FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de Derecho Administrativo**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 283.

consentimento”.⁷⁴ Para HAURIOU, “é a declaração de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos emitida por autoridade administrativa em forma executória, isto é, a comportar a execução de ofício”.⁷⁵ É de bom alvitre destacar, em se tratando da noção de ato administrativo em solo francês, a célebre distinção entre os *atos de império* e os *atos de gestão*, pensada em princípio para distinguir os atos praticados pela Administração com base em poderes impositivos, de um lado, daqueles em que a Administração age como se particular fosse.⁷⁶ A distinção, contudo, dada a inexistência de uma linha divisória prática entre as duas espécies, foi logo considerada infundada,⁷⁷ e vigeu por pouquíssimo tempo nas decisões do Conselho de Estado francês.

Na Itália, o clássico Guido ZANOBINI definiu-o como “declaração de vontade [...] realizada por um sujeito da administração pública no exercício de uma potestade administrativa”.⁷⁸ Para Pietro VIRGA, “é a manifestação de vontade [...] realizada por uma autoridade administrativa, no exercício de um poder administrativo, para um caso concreto”.⁷⁹

No Brasil, Visconde do URUGUAY apontou ser o ato administrativo aquele “emanado de uma autoridade administrativa, dizendo respeito a um assunto administrativo”.⁸⁰

Nota-se, portanto, que o ato administrativo, principal veículo de concretização da “vontade administrativa” e de comunicação entre a Administração e os “administrados”,⁸¹ foi à época filtrado na lógica da autoridade e da imperatividade. Isso se deve, como constatado por Luciano PAREJO ALFONSO, ao fato de que “o

⁷⁴ DEVOLVÈ, Pierre. **L'Acte administratif**. Paris: Sirey, 1983, p. 11. Nessa medida, o autor inscreve como um dos “critérios materiais” do ato administrativo justamente o fato de ser ele adotado “em virtude de uma prerrogativa de *puissance publique*” (*Ibidem*, p. 40-42).

⁷⁵ HAURIOU, Maurice. **Précis Élémentaire de Droit Administratif**, 5.ed. Paris: Sirey, 1943.

⁷⁶ Sobre a distinção, manifestou-se Laferrière: “A administração é depositária de uma parcela de autoridade, de *puissance*, que é um dos atributos do poder executivo; [...] age então como autoridade, como poder e seus atos são ditos atos de comando ou de império. A autoridade administrativa é encarregada também de velar a gestão da fortuna pública e o seu emprego [...] os atos que lhe acometem para realizar essa missão são os atos de gestão” (LAFERRIÈRE, Édouard L. J. **Traité de la Jurisdiction Administrative et des recours contentieux**, vol. I. Paris: 1887, p. 5).

⁷⁷ Em França, a noção foi logo combatida em: BONNARD, Roger. **Précis de Droit Administratif**, Paris: Sirey, 1935, p. 48; DUGUIT, Leon. **Les Transformations du Droit Public**, Paris: A. Colin, 1913, p. 150; dentre outros. No Brasil, crítica à distinção consta de: MASAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**, t. II. São Paulo: Max Limonad, 1960, p. 180.

⁷⁸ ZANOBINI, Corso... *op. cit.*, p. 243.

⁷⁹ VIRGA, Pietro. **Il Provvedimento Amministrativo**, 4.ed. Milão: Giuffrè, 1972, p.3.

⁸⁰ URUGUAY, Visconde do. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 1892.

⁸¹ Nas palavras de Morand-Deville: “O modo normal da ação administrativa é o ato unilateral, decisão executória, criadora de direitos e obrigações em relação aos administrados” (MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif**. Paris: Montchrétien, 2007, p. 337).

modelo de Administração Pública do Estado liberal é o da Administração-poder, investida de ‘imperium’, aplicadora e executora da lei através de atos típicos unilaterais”.⁸² Nesse senso, afirma Massimo Severo GIANNINI:

Nos Países nos quais se forma um direito administrativo, aqueles, portanto, da Europa continental e os influenciados por sua órbita cultural, a atividade que se manifesta com atos autoritários vai constituir o direito administrativo, e os atos autoritários da administração assumem a nova qualificação jurídica de atos administrativos.⁸³

Impossível deixar de transcrever aqui o brilhante estudo do português Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da SILVA. Logo no prefácio de seu “Em Busca do Acto Administrativo Perdido”, o autor sinaliza que “a noção clássica de ato administrativo foi elaborada justamente em função de um modelo de Administração (meramente) agressiva, que era o do Estado liberal”, refletindo num conceito de natureza autoritária.⁸⁴ Para o autor, portanto, no Estado pós-revolucionário o modo “normal (praticamente exclusivo) de atuação da Administração Pública era o ato administrativo”, visto como “manifestação autoritária do poder estatal, ou seja, como manifestação de autoridade, correspondendo perfeitamente à lógica de funcionamento da Administração do Estado liberal”.⁸⁵ Nessa senda, o entendimento da atuação autoritária da Administração vai se espelhar, em França, numa teoria do contencioso administrativo que faz do ato administrativo o seu único protagonista.⁸⁶

O ato administrativo, conforme Vasco da SILVA, é a “abóbada da catedral”⁸⁷, a “flor de estufa”⁸⁸ da dogmática jurídico-administrativa clássica, “verdadeira quintessência do Direito Administrativo”,⁸⁹ ocupando o lugar central no Direito Administrativo do Estado Liberal, de modo que a Administração Pública do Estado Liberal fez dele “seu modo quase exclusivo de agir”.⁹⁰ Conforme García de

⁸² PAREJO ALFONSO, Manual... *op. cit.*, p. 12-13.

⁸³ GIANNINI, Il Pubblico Potere... *op. cit.*, p. 117.

⁸⁴ SILVA, Em busca..., *op. cit.*, p. 5

⁸⁵ *Ibidem*, p. 40. O que não escapa à existência também de um “milagre do ato administrativo”, que possuirá uma função dupla ao procurar conciliar a vertente autoritária com a necessidade de garantia dos cidadãos (*Ibidem*, p. 40; 44-46).

⁸⁶ *Ibidem*, p. 46.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 63.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 70.

⁸⁹ *Ibidem*, *idem*.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 39. Nas palavras do autor: “Enquanto conceito central de um sistema dogmático que representava a cristalização jurídica dos pressupostos ideológicos do Estado liberal, ele adequava-se na perfeição às circunstâncias histórico-políticas do ambiente em que foram criado e teorizado. Ele era o fulcro de um sistema jurídico coerente e adequado às realidades da sua época” (*ibidem*, p. 70).

ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, no Estado Liberal a noção de ato administrativo possuía um peso excessivo, por tentar expressar numa espécie de “célula básica” o “microcosmo definidor” de todo o Direito Administrativo.⁹¹

Nesse norte, sustenta no Brasil Odete MEDAUAR que o ato administrativo “constitui um dos elementos fundamentais da elaboração sistemática do direito administrativo realizada no século XIX”, apresentando-se como “afirmação do momento de autoridade”.⁹² Não é diversa a conclusão de Bernardo GUIMARÃES, para quem não há “discussão acerca da essência da administração pública que não espraie seus efeitos para o ato administrativo, que é a maneira usual pela qual se concretiza a função administrativa”, de sorte que “o ato administrativo seria, portanto, a manifestação perfeita do exercício da função administrativa. E sua nota fundamental estaria na unilateralidade”.⁹³ Noutra oportunidade, aponta que “a categoria fundamental que traduzia o exercício da função administrativa era o ato administrativo que trazia em sua essência uma nota de autoridade”, de modo que “é sobre o influxo da categoria ato administrativo que se explica como age a Administração no Estado Liberal”.⁹⁴

Referidas conclusões são comprovadas ao se analisar a afirmação de Themístocles Brandão CAVALCANTI, feita na década de 70 do séc. XX, no sentido de que “a teoria do ato administrativo é o problema central do Direito Administrativo”.⁹⁵ Pela centralidade e relevo que o instituto teve nesse período, não é exagero afirmar que o Direito Administrativo tradicional, do Estado Liberal, é o “Direito Administrativo do Ato”.⁹⁶

Interessante constatar que, até os dias de hoje,⁹⁷ boa parte das definições de ato administrativo ainda carrega as mesmas características do instituto em sua formulação originária, transportando-se no passar de séculos os mesmos “resquícios

⁹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**, v. I. Madri: Civitas, 1993, p. 518.

⁹² MEDAUAR, O Direito Administrativo em Evolução..., *op. cit.*, p. 202-203.

⁹³ GUIMARÃES, Ato Administrativo... *op. cit.*, p. 77-78.

⁹⁴ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **Da Regulação como função de Direito Administrativo**. 154 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007, p. 25.

⁹⁵ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria dos atos administrativos**. São Paulo: RT, 1973, p. 35.

⁹⁶ Não à toa, Giannini inseriu em obra de sua autoria capítulo específico intitulado “Amministrare per provvedimenti” (GIANNINI, Massimo S. **Diritto Amministrativo**. 3.ed. Milão: Giuffrè, 1993).

⁹⁷ Não sem contestações, por óbvio. Boa análise da evolução doutrinária na sistematização do Direito Administrativo pode ser retirada de: MEDAUAR, O Direito Administrativo em Evolução..., *op. cit.*, p. 29 e seguintes.

do Direito da Corte”,⁹⁸ os mesmos “tiques linguísticos”⁹⁹ e “cargas míticas”,¹⁰⁰ sendo largamente difundida a compreensão de que o ato administrativo, por definição um ato unilateral, possui três atributos principais: imperatividade, auto-executoriedade e presunção de veracidade – todos evidentemente calcados numa dimensão unilateral, impositiva, “autista”,¹⁰¹ dos atos administrativos, prendendo-se, portanto, a uma lógica de preservação da tradição típica do direito francês.¹⁰²

Essa “inércia doutrinária” foi constatada por Vasco da SILVA:

[...] mesmo em nossos dias, para um importante setor da doutrina que continua a seguir os ensinamentos da teoria clássica – e para além do reconhecimento empírico da existência de novas espécies ou modalidades de atos, imposta ela natureza das coisas – não foram daí retiradas consequências no que diz respeito ao próprio conteúdo da noção de ato administrativo. Registra-se, assim, em muitos casos, um defasamento dogmático entre a admissibilidade de atos administrativos em novos domínios da Administração, a que se reconhecem características e funções específicas, e o conceito “genérico” de ato administrativo, que continua a ser adotado.¹⁰³

A noção tradicional de ato administrativo, como não poderia deixar de ser, afetou sobremaneira a conceituação da autorização administrativa, conforme se passa a demonstrar.

2.1. A autorização administrativa como espécie de ato administrativo

As autorizações administrativas são tradicionalmente compreendidas pela doutrina jus-administrativista como espécies de ato administrativo, de acordo com as mais diversas classificações,¹⁰⁴ e, assim sendo, ocupam posição de destaque no Direito Administrativo tradicional, centrado na figura do ato.

Ora, enquanto espécie de ato, as autorizações não poderiam deixar de conter as mesmas características e vicissitudes aplicáveis àquele, motivo pelo qual, por consectário de cunho lógico (o que se aplica ao gênero, aplica-se à espécie),

⁹⁸ FREITAS, Direito Fundamental... *op. cit.*, p. 312.

⁹⁹ SILVA, Em busca..., *op. cit.*, p. 497.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 498.

¹⁰¹ O adjetivo foi utilizado por: MARQUES NETO, A superação do ato administrativo autista..., *op. cit.*

¹⁰² SILVA, Em busca..., *op. cit.*, p. 496-497. É essa também a reflexão realizada em: MEDAUAR, Odete. Administração Pública: do ato ao processo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 406-409.

¹⁰³ SILVA, Em busca..., *op. cit.*, p. 447.

¹⁰⁴ Vide, por todos: MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 181 e seguintes.

também às autorizações administrativas foram tradicionalmente atribuídas as notas de autoridade – imperatividade, unilateralidade, discricionariedade (ou seja, “autismo”, na feliz expressão de Floriano de Azevedo Marques Neto, já citada) – que denotam plena consonância com o “regime jurídico” do Direito Administrativo tradicional. É por isso que afirma José Carlos LAGUNA DE PAZ pertencerem as autorizações ao “repertório tradicional de técnicas jurídico-administrativas” de intervenção.¹⁰⁵

É bem verdade, não se olvida, que uma das diversas classificações acerca dos atos administrativos aparta-os, de acordo com seu conteúdo, em atos administrativos *unilaterais* e *bilaterais ou negociais*, figurando as autorizações administrativas como exemplo destes últimos.¹⁰⁶ Ocorre que, a despeito da denominação, costumava-se limitar o cunho negocial das autorizações a um aspecto deveras singelo: somente se consideravam as autorizações administrativas como atos negociais porque nelas se exige, para sua emissão, a presença de outro sujeito além da Administração, interessado em obter a autorização (afinal, seria ilógico – embora não de todo impossível – imaginar que a administração pudesse *autorizar* alguém a fazer algo em que não estivesse interessado: neste caso a Administração não estaria *autorizando*, e sim *ordenando*).

Não senão por isso, há autores que, ao invés de falar em atos administrativos negociais ou bilaterais, preferem falar em “atos administrativos que necessitam de um coadjuvante”,¹⁰⁷ “acordo de vontade não contratual”¹⁰⁸ ou ainda “ato-condição”.¹⁰⁹ Na prática, portanto, esse caráter “negocial” das autorizações administrativas não impediu que suas conceituações tradicionais reproduzissem os

¹⁰⁵ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. **La Autorización Administrativa**. Madri: Civitas, 2006, p. 27; 31. Nesse passo, o autor cita Colmeiro (*ibidem*, p. 109), que em 1850 expressamente afirmou ser a autorização um ato de império, refletindo o posicionamento doutrinário de então.

¹⁰⁶ Sobre o tema, cf. CAVALCANTI, Teoria dos Atos Administrativos... *op. cit.*, p. 91 e seguintes; MEIRELLES, Direito Administrativo... *op. cit.*, p. 166-180; CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**, v. 2. São Paulo: Forense, 1966, p. 37 e seguintes. A classificação, por óbvio, não passou imune a críticas: “Em nossa definição se indica que o ato administrativo é unilateral; ficam, portanto, fora dessa noção, a meu juízo, os atos bilaterais” (VELASCO, Recaredo Fernández de. **El Acto Administrativo**. Madri: V. Suárez, 1929, p. 129). Também García de Enterría e Fernández criticaram a classificação, porque a noção de “negócio jurídico” não lhes parece aplicável ao Direito Administrativo (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, Curso, vol. 1... *op. cit.*, p. 532).

¹⁰⁷ FORSTHOFF, Tratado... *op. cit.*, p. 294-298.

¹⁰⁸ CRETELLA JÚNIOR, Tratado..., *op. cit.*, p. 60.

¹⁰⁹ DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**, v.1. 2.ed. Paris: Fontemoing, 1921. Nesse passo, Diogo Freitas do Amaral reflete: “Por vezes, a eficácia do ato administrativo depende da *aceitação* de um particular interessado, mas essa aceitação funciona apenas como *condição de eficácia* do ato – não integra o conteúdo próprio do ato [...]” (AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. V. II. Coimbra: Almedina, 2001, p. 213).

clássicos atributos dos atos administrativos em geral: imperatividade, unilateralidade, discricionariedade, e daí adiante.¹¹⁰

Antes de trazer à colação a definição tradicional de autorização administrativa, é importante fazer um aviso prévio: o tema é permeado de confusões terminológicas, não raro sendo o instituto utilizado de forma díspar pela legislação, pela doutrina e pela jurisprudência.¹¹¹ Ademais, um estudo de direito comparado da figura leva à conclusão de que, apesar de haver um substrato comum no conceito, é inútil a tentativa de sua unificação em escala mundial, sendo correta a afirmação de LAGUNA DE PAZ de que a expressão autorização é alvo de verdadeira “hemorragia terminológica”.¹¹²

A imprecisão e confusão terminológicas, ao que parece, derivam de três fatores principais: (i) utilização do conceito em sentido muito amplo e impreciso, geralmente “leigo”, com base na terminologia corrente do verbo “autorizar”, ignorando-se a existência de um conceito jurídico do instituto;¹¹³ (ii) tentativa de realização de uma exagerada separação estanque entre a autorização e outras espécies de ato que, em tese, com ela não se confundiriam;¹¹⁴ (iii) importação

¹¹⁰ A conclusão é partilhada por Carmen Lúcia Antunes da Rocha (ROCHA, Camen Lúcia Antunes da. **Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 148). Nessa senda, veja-se o conceito de Hely Lopes Meirelles: “Atos administrativos negociais são, pois, todos aqueles que contêm uma declaração de vontade da Administração, apta a concretizar determinado negócio jurídico ou a outorgar certa faculdade ao particular, *nas condições impostas ou consentidas pelo poder público*”. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 2.ed. São Paulo: RT, 1966, p. 195, grifou-se). No mesmo sentido, pontuou Marcos Juruena Villela Souto: “Os atos administrativos de autorização [...], ainda que sejam definidos como atos negociais – por dependerem da anuência do destinatário para a produção de efeitos – não se revestem da natureza contratual, sendo atos administrativos unilaterais e, como tais, dotados de presunção de legalidade, legitimidade e veracidade” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 300).

¹¹¹ A conclusão é de POMPEU, Autorização administrativa, *op. cit.*, p. 57-59.

¹¹² LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 32.

¹¹³ O que faz, por vezes, com que se confunda as autorizações com as permissões (visto que, semanticamente, autorizar e permitir são sinônimos, ambos traduzindo a noção de “anuência”, “concordância”). A crítica à amplitude do termo autorização é feita inclusive pela doutrina do Direito Civil, a exemplo de Nattini, que propõe sua substituição pela expressão *negócio autorizativo* (NATTINI *apud* VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de. **A Autorização**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 135).

¹¹⁴ É o que ocorre ao se tentar separar conceitualmente a autorização, por exemplo, da admissão, aprovação, dispensa, homologação, licença, ordem, visto, *nulla-osta*, *agrément*, etc. A nosso ver, tal tentativa de separação conceitual, ao presumir a existência de diferenças estanques entre a autorização “por excelência” e estes outros institutos (inclusive – e principalmente – a licença), acaba provocando ainda maior confusão no trato do tema e, o que é pior, torna a autorização um conceito de tal forma hermético e definido que acaba esvaziando quase que por completo sua utilidade prática e sua capacidade de explicar a realidade (razão de ser última de qualquer conceito que se pretenda científico). É por isso que, na presente pesquisa, a *licença* é compreendida como nada mais nada menos que uma *autorização vinculada*, sem que disso se extraia qualquer conclusão maior. Essa posição é defendida por Enterría e Fernández, para os quais a variedade terminológica levou muitos

irrefletida de conceitos doutrinários estrangeiros, sem se efetuar a devida adaptação ao solo brasileiro, passando pelo incontornável filtro da Constituição.

Feita a advertência, passa-se à conceituação da autorização administrativa, tal qual concebida inicialmente pela doutrina tradicional.¹¹⁵ E tal tarefa, com arrimo em LAGUNA DE PAZ, deve inevitavelmente enfocar os aportes doutrinários realizados no final do século XIX pela doutrina italiana e germânica, que “desencadearam o processo de configuração dogmática da autorização como categoria jurídico-administrativa específica”.¹¹⁶

Os italianos tiveram relevante papel na construção teórica das autorizações administrativas. Embasada em ensinamentos anteriores dos belgas e franceses, a doutrina italiana foi, de acordo com Cid POMPEU, a responsável pelas construções doutrinárias mais difundidas à época, com especial destaque para a construção de Oreste RANELLETTI.¹¹⁷ Para RANELLETTI, a autorização é espécie de ato que possibilita a determinada pessoa o exercício ou a aquisição de direito, de modo que, por seu intermédio, a Administração “*remove o limite* a que a lei havia condicionado o exercício ou a aquisição do direito” pelo particular.¹¹⁸ Essa noção de *autorização enquanto ato de remoção de limites/obstáculos para o exercício de um direito pré-existente na esfera jurídica do particular* difundiu-se de tal modo na doutrina italiana que praticamente toda ela passou a adotá-la, raras exceções e ainda que com algumas divergências pontuais de uma concepção a outra.¹¹⁹

Veja-se, senão, o entendimento de Pietro VIRGA, para quem a autorização é “o provimento com o qual a administração, no exercício de sua atividade de prevenção, remove, em relação a uma fatispécie concreta, o limite ao exercício de

autores a estabelecer diferenças conceituais pouco ou nada justificáveis, entre licença, autorização e permissão, por exemplo (GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomas-Ramon. **Curso de Derecho Administrativo**. Vol. II. Madri: Civitas, 1982, p. 119). Também Pietro Virga aponta a “licença” e outros conceitos, como o de “nulla osta”, como espécies de autorizações (VIRGA, Il provvedimento... *op. cit.*, p. 48).

¹¹⁵ A aproximação realizada é por demais incompleta, em razão das limitações da presente pesquisa. Para aprofundar, recomenda-se, por todos: LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 108-122; POMPEU, Autorização... *op. cit.*, p. 63 e seguintes.

¹¹⁶ LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 112.

¹¹⁷ POMPEU, Autorização administrativa, *op. cit.*, p. 65; 71; 89. A especial influência de Ranelletti foi destacada também por Laguna de Paz (LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 113).

¹¹⁸ RANELLETTI, Oreste. **Teoria degli Atti Amministrativi Speciali**, 7.ed. Milão: Giuffrè, 1945, p. 21 e seguintes. No mesmo passo, conferir do autor: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative. *In: Conceto e Natura*, 1893, p. 21-43.

¹¹⁹ Cf.: POMPEU, Autorização Administrativa, *op. cit.*, p. 65-67.

uma faculdade inerente a um direito subjetivo ou a um poder público”.¹²⁰ Não há razão, aqui, para citar individualmente os conceitos dos demais autores italianos que acompanham o entendimento de Ranelletti, bastando a remissão ao pensamento de FRAGOLA,¹²¹ VIGNOCCHI,¹²² ZANOBINI,¹²³ LANDI e POTENZA,¹²⁴ SANDULLI,¹²⁵ Santi ROMANO,¹²⁶ dentre outros.

Essa noção de autorização administrativa enquanto ato de remoção de obstáculos ao exercício de um direito privado pré-existente foi igualmente reproduzida em solo francês (defenderam-na JÈZE¹²⁷ e LIVET)¹²⁸ e espanhol (vide Antonio VILLANOVA¹²⁹ e Fernández de VELASCO).¹³⁰ Na Argentina, defenderam-na DIEZ¹³¹ e FIORINI;¹³² no México, Gabino FRAGA.¹³³

Na Alemanha, a noção de autorização enquanto ato de remoção de obstáculos para o exercício de um direito foi alvo de certa contestação, preferindo a doutrina utilizar a expressão “proibição geral com reserva de autorização”: a autorização seria, assim, um ato administrativo que levanta a proibição pré-estabelecida por uma norma de polícia, mediante comprovação de que o exercício de dita atividade, no caso concreto, não ofenderia o interesse geral. Assim, faz-se menção aos entendimentos de MEYER, em 1883 (dando ênfase não ao direito privado, mas ao poder público de habilitação – reforçando, portanto, a noção de autoridade),¹³⁴ Hartmut MAURER,¹³⁵ Fritz FLEINER¹³⁶ e Otto MAYER.¹³⁷

¹²⁰ VIRGA, Il provvedimento... *op. cit.*, p. 44.

¹²¹ FRAGOLA, Umberto. **Gli atti amministrativi**. Turim, 1952, p. 112.

¹²² VIGNOCCHI, Gustavo. **La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa**. Pádova: Cedam, 1944, p. 13.

¹²³ ZANOBINI, Corso..., *op. cit.*, p. 27 e seguintes e p. 210 e seguintes.

¹²⁴ LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe. **Manuale di Diritto Amministrativo**. 10.ed. Milão: Giuffrè, 1997, p. 204 e seguintes.

¹²⁵ SANDULLI, Aldo. **Trattato di Diritto Amministrativo**. T.2. Milão: Giuffrè, 2000, p. 1151 e seguintes.

¹²⁶ ROMANO, Santi. **Corso di Diritto Amministrativo**, 3.ed. Padova: Cedam, 1937, p. 240-241.

¹²⁷ JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1948, p. 224 e seguintes.

¹²⁸ LIVET, Pierre. **L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques**. Paris: LGDJ, 1974, p. 19 e seguintes.

¹²⁹ VILLANOVA, Antonio Royo. **Elementos de Derecho Administrativo**. 10.ed. Valladolid: Imprensa Castellana, 1992, p. 109-110.

¹³⁰ VELASCO, El acto... *op. cit.*, p. 165 e seguintes.

¹³¹ DIEZ, Manuel Maria. **El acto administrativo**. 2.ed. Buenos Aires: TEA, 1961, p. 133.

¹³² FIORINI, Bartolomé. **Poder de Policia**. 2.ed. Buenos Aires: Alfa, 1962, p. 300.

¹³³ FRAGA, Gabino. **Derecho Administrativo**. 15.ed. México: Porrúa, 1973, p. 242.

¹³⁴ MEYER *apud* LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 117.

¹³⁵ MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. Trad. Luis Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006, p. 237 e seguintes. Uma passagem da obra do autor sintetiza a corrente germânica. Após diferenciar a “permissão de controle” ou “proibição com reserva de permissão”, de um lado, e a “concessão de exceção”, de outro, afirma que, no primeiro caso, trata-se de uma proibição imposta

A dissonância da doutrina alemã com relação à doutrina italiana, no entanto, pouco repercute para os fins da presente pesquisa: o foco da autorização, de qualquer maneira, remanesce na consideração de que se trata de um ato administrativo, partidário das características tradicionais (sobretudo unilateralidade e imperatividade), que remove óbice/proibição previamente existente ao exercício de uma atividade pelo particular, com base na verificação da inexistência de ofensa aos interesses públicos tutelados. Não senão por isso, notou LAGUNA DE PAZ que as distintas construções doutrinárias em torno da autorização administrativa se confrontavam muito menos do que parecia.¹³⁸

Também no Brasil a autorização administrativa foi tradicionalmente definida como ato administrativo unilateral de cunho declaratório mediante o qual a Administração Pública remove óbice inicialmente existente ao exercício de uma atividade privada.

Mário MASAGÃO afirmava que a autorização é “ato administrativo discricionário pelo qual se permite ao particular exercer atividade que, sem o assentimento da administração, seria proibida”.¹³⁹ No mesmo passo, para Caio TÁCITO, a autorização (que o autor utilizava como sinônimo de permissão) é ato administrativo que

[...] habilita ao exercício de um direito individual sujeito a controle preventivo. Não cria direito novo, mas possibilita a eficácia de direito preexistente que a lei condicionou, quanto aos seus efeitos, à permissão da autoridade pública, em atenção a interesses coletivos respeitáveis.¹⁴⁰

Igualmente, Ruy Cirne LIMA, classificando a autorização como espécie dentre os “atos assecuratórios”, afirma serem estes os que “levantando proibições

pelo legislador ao exercício de certas atividades visto que “antecipadamente, deve ser examinado pela autoridade se elas, no caso particular, infringem determinadas prescrições jurídicas”; no segundo, o legislador proíbe determinada conduta e permite que, em casos excepcionais, seja isentada tal proibição. A diferença está, portanto, entre a “proibição (preventiva) com reserva de permissão” e a “proibição (repressiva) com reserva de isenção”. Em suma: “Enquanto a *permissão de controle* restabelece a liberdade de atuação geral que, no interesse de um controle preventivo, estava provisoriamente limitada, a *concessão de exceção* amplia a esfera jurídica do cidadão, ao declarar como admissível em casos de exceção especiais, uma atuação que, em si, está proibida legalmente. A concessão de exceção apresenta, por isso, um ato administrativo beneficente não só formal, mas também materialmente” (*ibidem*, p. 244).

¹³⁶ FLEINER, Les Principes Généraux... *op. cit.*, p. 246 e seguintes.

¹³⁷ MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**, Tomo II. Buenos Aires: Depalma, 1950, p. 59 e seguintes.

¹³⁸ LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 112.

¹³⁹ MASAGÃO, Curso... *op. cit.*, p. 178.

¹⁴⁰ TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo : Saraiva, 1975, p. 286.

ou removendo restrições postas à atividade privada por disposições legais, se limitam a resguardar o exercício dos direitos daquele modo tolhido”.¹⁴¹

Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO, a despeito de caracterizar a autorização como ato constitutivo de direito,¹⁴² afirma ser ela “ato administrativo discricionário, unilateral, pelo qual se faculta, a título precário, o exercício de determinada atividade material, que sem ela seria vedada”.¹⁴³ Para CRETELLA JÚNIOR, autorização é “ato administrativo *discricionário e precário* mediante o qual a autoridade competente faculta ao administrado, em casos concretos, o exercício ou a aquisição de um direito, em outras circunstâncias, sem tal pronunciamento, proibido”.¹⁴⁴ A seu turno, embora critique a noção de “discricionariedade ampla”, sem limites, Themístocles Brandão CAVALCANTI confere caráter discricionário à autorização.¹⁴⁵

De sua parte, Hely Lopes MEIRELLES afirma:

Autorização é o ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao interessado a realização de certa atividade ou a utilização de determinados bens particulares ou públicos que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração.¹⁴⁶

Nessa aproximação, compreendendo-se a autorização como (a) ato administrativo em que a Administração Pública simplesmente (b) remove um obstáculo ou uma proibição geral existente com relação à atividade que o particular pretende desempenhar, atividade essa que (c) configura direito seu, e que portanto, é de titularidade privada (este último aspecto, contestado em parte pela doutrina alemã), fica claro o porquê de a doutrina clássica majoritária¹⁴⁷ considerar a autorização administrativa como (i) ato unilateral (eis que espécie de ato administrativo), (ii) discricionário e precário (eis que retrata o exercício, pela

¹⁴¹ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 5. Ed. São Paulo: RT, 1982, p. 87.

¹⁴² O autor refuta a noção de “remoção de obstáculo a direito pré-existente” por considerar que não há direito por parte do particular, o que seria incompatível com o caráter discricionário da autorização. É por isso que considera a autorização como ato constitutivo de direito. No entanto, tal entendimento não fez com que o autor superasse a noção tradicional de autorização quando do oferecimento de seu conceito.

¹⁴³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. Volume 1. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 494.

¹⁴⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 239.

¹⁴⁵ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Curso de Direito Administrativo**. 7.ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1964, p. 41.

¹⁴⁶ MEIRELLES, Direito Administrativo Brasileiro, 2.ed... *op. cit.*, p. 196.

¹⁴⁷ O dado quantitativo – “majoritária” – foi retirado da conclusão de Cid Pompeu, em sua exaustiva pesquisa: POMPEU, Autorização administrativa, *op. cit.*, p. 63-81; 125-132.

Administração Pública, de sua autoridade, de sua *puissance publique*), (iii) declaratório (eis que mediante a autorização a administração simplesmente levanta óbice previamente existente com relação ao exercício, pelo privado, de atividade de sua esfera de titularidade).

É por isso que Cid POMPEU, em monografia específica, concluiu, após análise da doutrina estrangeira e nacional, que “a doutrina clássica dominante prefere afirmar que a autorização, face à proibição geral, remove limite ou obstáculo para o exercício de poder ou direito preexistente”,¹⁴⁸ motivo pelo qual lhe são atribuídas, majoritariamente, as características de ato unilateral, discricionário e precário, de cunho declaratório.

Resta notável e evidente, portanto, a influência do Direito Administrativo tradicional e da compreensão clássica do ato administrativo na conceituação da autorização administrativa (sobretudo tal como concebida pela doutrina italiana e alemã), que se espalhou pela Europa e conquistou o mundo, tendo sido reprisada por grande parte dos doutrinadores do Direito Administrativo brasileiro dos séculos XIX e XX.

2.2. Autorização administrativa e poder de polícia

O caráter “unilateral, discricionário, precário e declaratório” que parcela massiva da doutrina brasileira, seguindo o entendimento estrangeiro, atribuiu às autorizações administrativas, deve-se crucialmente ao fato de que, à época de elaboração de seu conceito pela doutrina italiana, o instituto foi pensado para funcionar como instrumento de exercício, pela Administração Pública do Estado Liberal, da função de polícia que lhe competia por excelência. Assim se manifesta José Carlos LAGUNA DE PAZ, quando afirma que “a incipiente Administração pública novecentista se utiliza da autorização como ferramenta para o desempenho de suas tarefas de polícia”.¹⁴⁹

Lembre-se que o Estado Liberal inaugurado a partir da Revolução Francesa é um “Estado Policial”, “vigia”, “guarda noturno”, responsável apenas por propiciar as condições básicas ao desenvolvimento da economia e da sociedade, atuando diretamente apenas naquilo que fosse considerado essencial e, de resto, limitando-

¹⁴⁸ POMPEU, Autorização administrativa, *op. cit.*, p. 71.

¹⁴⁹ LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 31.

se a balizar a atuação dos membros da sociedade, considerados como os atores por excelência.

Nessa formatação estatal abstencionista, voltada muito mais à vigilância da atuação dos privados do que à concreta e direta realização de prestações pelo Estado, tomou corpo o (também tradicional) conceito de *poder de polícia*, largamente difundido na doutrina a partir de então.¹⁵⁰

Entendendo o poder de polícia como “o exercício do poder sobre as pessoas e as coisas, para atender ao interesse público”, Themístocles Brandão CAVALCANTI afirmou ser ele voltado “à proteção dos bens, dos direitos, da liberdade, da saúde, do bem-estar econômico”, constituindo uma “limitação à liberdade individual”, ao mesmo tempo em que tem por finalidade “assegurar esta própria liberdade”.¹⁵¹

O conceito de poder de polícia é apresentado por Celso Antônio Bandeira de MELLO como “a atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos”, referindo-se, portanto, ao “complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos”.¹⁵² Noutra oportunidade, definiu-o o autor como “ação administrativa de efetuar os condicionamentos legalmente previstos ao *exercício* da liberdade e da propriedade das pessoas a fim de compatibilizá-lo com o bem-estar social”.¹⁵³ É por essas características que o Poder de polícia é essencialmente negativo, ou seja, através de seu exercício o Estado pretende evitar um dano, ordenando uma abstenção por parte do particular.¹⁵⁴

É semelhante a definição de Hely Lopes MEIRELLES, para quem poder de polícia “é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”.¹⁵⁵

¹⁵⁰ É nesse sentido que Carlos Ari Sundfeld, com apoio em Gordillo, tece pesada crítica à aplicação contemporânea do conceito tradicional de “poder de polícia”, e aponta, como principal equívoco, o “timbre autoritário” da palavra “poder” (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 11).

¹⁵¹ CAVALCANTI, Curso..., *op. cit.*, p. 134-135.

¹⁵² MELLO, Curso de Direito Administrativo, 25. Ed..., *op. cit.*, p. 809.

¹⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de direito administrativo**. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 295.

¹⁵⁴ MELLO, Curso de Direito Administrativo, 25. Ed..., *op. cit.*, p. 816-817.

¹⁵⁵ MEIRELLES, Direito Administrativo Brasileiro, 34.ed..., *op. cit.*, p. 133.

Fica fácil notar o porquê de a noção de poder de polícia ter sido de grande utilidade durante o Estado Liberal. Nas palavras de Carlos Ari SUNDFELD, a ideia de “foi cunhada para um Estado mínimo desinteressado em interferir na economia, voltado sobretudo à imposição de limites negativos à liberdade e à propriedade”.¹⁵⁶ Em assim sendo, não poderia a noção de polícia escapar do enfoque tradicional do Direito Administrativo oitocentista, girando na órbita da autoridade. Como aponta Marcello CAETANO, “a polícia é *atuação da autoridade*”, visto que “pressupõe o exercício de um *poder* condicionante de atividades alheias, garantido pela *coação* sob a forma característica da Administração”.¹⁵⁷

Certamente não cabe aqui aprofundar tal conceito e a filosofia por detrás de seu surgimento, bastando, para os fins aqui pretendidos, o que foi até aqui tecido a respeito do poder de polícia e do ideário de Estado Liberal (e de Direito Administrativo Autoritário) a ele correspondente. A partir daí, é compreensível que a doutrina tradicional seja praticamente unânime em apontar a autorização administrativa como instrumento de exercício, pela Administração, da função de polícia que lhe competia por excelência, dada a filosofia política vigente à época do Estado Liberal.

O raciocínio é facilmente demonstrável: o Estado Liberal, de cariz abstencionista, atuava apenas subsidiariamente na esfera econômico-social, preferindo deixar ao encargo dos privados a prestação de serviços e oferecimento bens, utilidades e comodidades à população. A função do Estado Liberal era, portanto, a de “guardião noturno”, de garantidor de que o jogo do mercado (sua “mão invisível”)¹⁵⁸ seria preservado, sem danificar os “interesses públicos”: para tanto, lançava mão do poder de polícia, ordenando a atuação dos privados nos moldes desejáveis a fim de preservar o bem comum. Aqui ocupam destaque as leis de cunho policial, limitadoras da liberdade e propriedade privadas.

Nessa lógica, é óbvio e plenamente justificável que a autorização administrativa funcionava (exclusivamente) como instrumento de concretização do poder de polícia por parte da Administração vinculada ao Estado Liberal: mediante sua utilização, a Administração Pública apenas removia um obstáculo previamente

¹⁵⁶ SUNDFELD, Direito Administrativo Ordenador... *op. cit.*, p. 14.

¹⁵⁷ CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. 10.ed. T. II. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1151.

¹⁵⁸ É a clássica expressão de: SMITH, Adam. **The Wealth of Nations**. Nova Iorque: Random House, 1937 (1. Ed. de 1776).

existente à atuação do privado, após verificar que a atuação deste não afrontaria o interesse público tutelado. Veja-se: no Estado Liberal as atividades autorizadas são titularizadas pelos privados, atores por excelência desse modelo estatal; no entanto a livre iniciativa é restringida (não eliminada) por uma norma que funciona como garantia de preservação do interesse público. No caso concreto, verificando a Administração Pública que a atuação do particular não ofenderá o interesse público tutelado pela norma, esta atua no sentido de *remover o óbice existente* (não ao direito do particular, mas ao seu exercício), *autorizando-o* a exercer a atividade.

Assim é que, para HAURIOU, o ato administrativo “típico” é aquele praticado pela Administração de Polícia. Nas palavras do autor: “todo o poder administrativo é construído à volta desta ideia de polícia administrativa, destinada a assegurar a ordem pública e a paz estadual”.¹⁵⁹ No mesmo passo Themístocles Brandão CAVALCANTI, para quem uma das modalidades por que se manifesta o poder de polícia consiste na “concessão, permissão, licença ou autorização de polícia”, que visam à manutenção da ordem pública.¹⁶⁰

Constatou Vasco da SILVA: “Na lógica de uma Administração agressiva, o fulcro da sua atividade era de tipo policial, e o ato de comando constituía a forma prototípica de exercício do poder administrativo”.¹⁶¹ Em igual medida, pondera José Carlos LAGUNA DE PAZ que “a autorização tradicionalmente foi considerada como uma técnica de polícia administrativa, o que é consequência da concepção clássica, que nela vê a remoção dos limites estabelecidos pela norma”,¹⁶² de modo que, no contexto e mentalidade do séc. XIX, “a submissão de certas atividades à prévia obtenção de uma autorização administrativa é explicada pela necessidade de comprovar que a iniciativa privada não danifica a terceiros ou ao interesse geral”.¹⁶³

Nessa senda, fica claro que tanto a concepção italiana da autorização administrativa enquanto ato de remoção de obstáculos ao exercício de um direito pré-existente, quanto a concepção germânica da autorização como ato que levanta a proibição geral estabelecida pela norma, partem do pressuposto de que, mediante outorga de autorizações, a Administração Pública está concretizando o exercício do

¹⁵⁹ HAURIOU, Précis Élémentaire... *op. cit.*, p. 7.

¹⁶⁰ CAVALCANTI, Curso... *op. cit.*, p. 137-138.

¹⁶¹ SILVA, EM busca..., *op. cit.*, p. 62.

¹⁶² LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 38.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 110.

poder de polícia que lhe compete no que toca à ordenação da liberdade e da propriedade dos cidadãos, de modo a resguardar o interesse público.

Na compreensão tradicional da autorização administrativa, portanto, esta foi conceituada única e exclusivamente com fulcro na *função de instrumento ao exercício de poder de polícia* por parte da Administração Pública, poder este que, no Estado Liberal de outrora, competia-lhe por excelência. E, como visto, não estranha nem um pouco que assim tenha sido definida pela doutrina tradicional, considerando a “filosofia minimalista” do Estado Liberal e o caráter marcadamente abstencionista de sua atuação tanto na esfera econômica quanto na esfera social. Daí porque, no presente trabalho, optou-se por atribuir às autorizações tradicionais a designação de *autorizações administrativas de polícia* – ou simplesmente *autorizações de polícia*.

É importante notar, como decorrência do pensamento exposto, que as autorizações administrativas tradicionais enquanto *autorizações de polícia* funcionam no campo das limitações administrativas à liberdade e propriedade *privadas* (que correspondem, afinal, ao campo do exercício de poder de polícia): a atividade é do privado, de sua esfera de titularidade, sendo que apenas seu exercício é condicionado à obtenção da autorização. Conferida a autorização de polícia, a Administração remove o obstáculo ao exercício da atividade pelo privado, consentindo que ele atue. Frise-se, portanto, que nas autorizações de polícia a existência de um obstáculo previsto por lei à atuação do privado *in concreto* não lhe retira a titularidade da atividade em si: a atividade autorizada com base na função de polícia é uma atividade privada,¹⁶⁴ sendo que apenas seu exercício é condicionado à obtenção de uma autorização administrativa de polícia.

3. CONCLUSÃO PARCIAL: AUTORIZAÇÕES ADMINISTRATIVAS DO PASSADO?

Até os dias de hoje, boa parte da doutrina pátria contemporânea reprisa a definição clássica de autorização administrativa tal qual elaborada no séc. XIX. Em diversos manuais de Direito Administrativo, dos mais antigos aos mais recentes, é lugar comum encontrar em linhas mestras, como se fosse um mantra, definição da autorização como *ato administrativo unilateral, discricionário e precário, mediante o qual a Administração Pública consente que um particular exerça determinada*

¹⁶⁴ É por isso que afirma Carlos Ari Sundfeld: “A administração ordenadora consiste na disciplina das ações dos indivíduos em seu setor próprio de atuação (o campo privado) [...]” (SUNDFELD, Direito Administrativo Ordenador... *op. cit.*, p. 21).

atividade que, sem a autorização, não poderia executar, removendo obstáculo ao exercício de uma atividade privada.

Nesse passo, para Celso Antônio Bandeira de MELLO, autorização é o “ato unilateral pelo qual a Administração, discricionariamente, faculta o exercício de atividade material, tendo, como regra, caráter precário”.¹⁶⁵ No mesmo senso, José dos Santos CARVALHO FILHO define autorização como “ato administrativo pelo qual a Administração consente que o particular exerça atividade ou utilize bem público no seu próprio interesse. É ato discricionário e precário”.¹⁶⁶ Cid Tomanik POMPEU, após exaustiva análise da figura no direito comparado e na doutrina nacional, conclui ser a autorização administrativa:

Ato administrativo discricionário, pelo qual se faculta a prática de ato jurídico ou de atividade material, objetivando atender diretamente a interesse público ou provado, respectivamente, de entidade estatal ou de particular, que sem tal outorga seria proibida.¹⁶⁷

Ainda que possua diversos excertos críticos à figura do ato administrativo, Odete MEDAUAR ao tratar da autorização afirma que “permanece sua formalização por ato administrativo discricionário e precário”.¹⁶⁸ Reconhecendo a diversidade de utilizações do instituto – no entanto, sem daí extrair consequências maiores –, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO define autorização administrativa, em sentido amplo:

Ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração faculta ao particular o uso de bem público (autorização de uso), ou a prestação de serviço público (autorização de serviço público), ou o desempenho de atividade material, ou a prática de atos que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos (autorização como ato de polícia).¹⁶⁹

Esta última definição de autorização é assaz relevante para se compreender o que, neste momento da pesquisa, pretende-se aduzir: trata-se da ilação no sentido de que, mesmo reconhecendo a existência de uma multiplicidade de usos/objetos da figura das autorizações administrativas (uso de bens públicos, exercício do poder de polícia, prestação de serviços), boa parte da doutrina brasileira contemporânea abrange-os todos sob uma mesma definição, pretensamente genérica, que, em tese,

¹⁶⁵ MELLO, Curso de Direito Administrativo, 25. Ed... *op. cit.*, p. 430.

¹⁶⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 24.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 134.

¹⁶⁷ POMPEU, Autorização... *op. cit.*, p. 199.

¹⁶⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 11.ed. São Paulo: RT, 2007, p. 327.

¹⁶⁹ DI PIETRO, Direito Administrativo... *op. cit.*, p. 227.

poderia dar conta de todas as manifestações que as autorizações administrativas têm na práxis administrativa contemporânea.

Assim, nota-se como as definições de autorização administrativa até hoje trazidas por parte da doutrina brasileira *contemporânea* amoldam-se perfeitamente às clássicas autorizações de polícia do séc. XIX, destinadas a expressar o exercício de poder de polícia pela Administração Pública, típico do Estado Liberal, de cunho unilateral e impositivo e com estrita finalidade ordenadora.

Não se pretende afirmar aqui, entretanto, que as autorizações administrativas de polícia desapareceram. Na realidade – e essa é a conclusão parcial desta 1ª Parte – ocorre justamente o contrário: as autorizações clássicas, pensadas para o exercício de funções de polícia por parte da Administração Pública, *continuam a existir*.

Ora, o formato estatal contemporâneo, ainda que não seja reconduzível pura e simplesmente ao Estado Liberal pós-Revolução Francesa, ainda exige da Administração Pública a ordenação da atuação dos privados em prol do resguardo do bem-estar comum. É decorrência do interesse público supremo¹⁷⁰ o dever da Administração Pública de velar pela ordem pública, pela segurança e pela saúde (dentre outros “bens comuns”), devendo para tanto, em certos casos, impor limites prévios à atuação dos privados em áreas que, mesmo sendo de titularidade privada, sejam consideradas sensíveis, passíveis de ofensa a esse peculiar interesse. Noutras palavras: a Administração Pública contemporânea ainda possui como prerrogativa o exercício de poder de polícia para ordenar a sociedade, intervindo no campo de atuação dos privados em prol da persecução do bem comum e do resguardo dos “interesses públicos”.

É nessa perspectiva que o artigo 170, parágrafo único, da Constituição de 1988, prevê: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade

¹⁷⁰ Não se descuida que o princípio da supremacia do interesse público tem sido alvo de intensas críticas pela doutrina jus-administrativista e jus-constitucionalista pátria contemporânea. O tema, no entanto, desborda em muito o foco desta pesquisa. Sobre o assunto, conferir as críticas em: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O Direito Público em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 99-127; JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo Reescrito: problemas do passado e temas atuais. **Revista Negócios Públicos**, São Paulo, 2005, ano II, nº. 6. De outra parte, reação às críticas pode ser encontrada em: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2010; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos V. A. (Coord.). **Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. O dispositivo formaliza, a toda evidência, a existência (ou melhor, a sobrevivência) das autorizações de polícia no direito brasileiro contemporâneo: como regra, a atuação no campo econômico é livre à iniciativa privada (art. 170, *caput* e inciso II), podendo, no entanto, ser condicionada, em casos legalmente previstos, à obtenção prévia de autorização expedida pela Administração Pública. Trata-se de espécie de autorização que *muito se aproxima*¹⁷¹ das clássicas autorizações de polícia, enquanto atos mediante os quais o Poder Público remove óbice ao *exercício* de um direito privado pré-existente, pertinente ao campo de titularidade do privado, portanto (a livre iniciativa em matéria econômica).

É esse o pensamento de Egon Bockmann MOREIRA:

As autorizações liberais diziam respeito às limitações ao exercício do direito de propriedade e à liberdade de empresa. Prestavam-se a circunscrever o exercício de determinadas atividades privadas – dirigidas, portanto, a fatos experimentados no setor privado da economia. Esta autorização administrativa unilateral é aquela que vem excepcionalmente indicada no texto do parágrafo único do art. 170 da Constituição.¹⁷²

Sara Jane Leite de FARIAS, igualmente, afirma que da dicção do art. 170, parágrafo único, da Constituição, “verifica-se que se trata de função de polícia inerente ao desenvolvimento de atividade econômica, que a lei exige uma autorização prévia para que possam ser exercidas”.¹⁷³

Ou seja: as autorizações administrativas de polícia continuam a existir no presente, motivo pelo qual não é cientificamente ajustada a postura metodológica que pugna por, pura e simplesmente, abandonar nos dias de hoje o conceito de autorização tal qual cunhado pela doutrina clássica (sobretudo italiana e alemã). As autorizações de polícia possuem, como demonstrado acima, status constitucional, e continuam a desempenhar papel de relevância no cenário jurídico nacional, motivo pelo qual não podem ser sumariamente desconsideradas como se seu conceito de

¹⁷¹ Aproxima-se, mas não necessariamente *equivale*, pois, como advertiu Egon Bockmann Moreira, nos dias de hoje, mesmo se restritas à função de polícia, “há autorizações que são vinculadas e/ou não são precárias” (MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 61).

¹⁷² MOREIRA, Egon Bockmann. Exploração Privada dos Portos Brasileiros: Concessão *versus* Autorização, p. 6. O texto nos foi gentilmente fornecido pelo autor. A versão publicada consta em: **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo** – REDAC, São Paulo, ano I, n. 0, maio/junho 2013, p. 31-45. O entendimento é apresentado pelo autor, também, em: MOREIRA, Direito das Concessões... *op. cit.*, p. 60-61.

¹⁷³ FARIAS, Regulação jurídica... *op. cit.*, p. 96.

nada servisse atualmente. Novamente, portanto, constata-se o erro de se enxergar apenas a “metade vazia do copo”.

Deve-se chamar a atenção, no entanto, para o fato de que, como apresentado logo acima, boa parte das definições de autorização administrativa da doutrina brasileira contemporânea amolda-se *exclusivamente* à noção tradicional do instituto; ou seja: ao definir autorização administrativa, costuma-se ter em mente *apenas* as autorizações oitocentistas, que a Administração Pública emitia no exercício de poder de polícia, mesmo que se reconheça a existência de novas funcionalidades e aplicações para a figura.

Diante dessa constatação, resta perquirir se o poder de polícia é o único campo em que as autorizações administrativas se inserem contemporaneamente, e, a depender da resposta, se a definição tradicional das *autorizações de polícia* amolda-se, com a mesma perfeição, a todas as previsões da figura no ordenamento jurídico brasileiro hodierno e às funções e utilidades que estas se prestam a desempenhar na práxis administrativa.

PARTE 2 – AS AUTORIZAÇÕES ADMINISTRATIVAS DO PASSADO AO PRESENTE

As autorizações administrativas acima analisadas, de matiz clássico e voltadas à concreção, pela Administração Pública, do poder de polícia que lhe competia por excelência à época do Estado Liberal, foram postas à prova nos tempos atuais.

Uma radical alteração conceitual ocorrida no seio de uma das noções mais centrais do Direito Administrativo fez surgir uma nova modalidade de autorização administrativa, de cariz diverso e com características discrepantes com relação às autorizações de polícia, o que impõe o ônus de raciocinar sobre a pertinência ou não de universalizar e aplicar a todas as situações a concepção tradicional das autorizações enquanto atos unilaterais, discricionários, precários e declaratórios de um direito pré-existente, mediante ato policial de remoção de prévio impedimento ao seu exercício. Essa noção, responsável por fazer surgir, quiçá, uma nova modalidade de autorização administrativa, é a noção de *serviço público*.

É imperioso deixar desde já assentado, nesse mister, que não se pretende aqui descer às minúcias da complexa noção de serviço público e de sua evolução: tal itinerário, por si só, mereceria ser alvo de uma dissertação própria, tamanha sua complexidade. O que se pretende fazer é, ao revés – e seguindo a metodologia histórico-diacrônica explicitada na Introdução da presente pesquisa –, demonstrar como e em que medida o conceito de serviço público, em princípio hermético com relação às autorizações (que pertenciam a “outro campo” do direito administrativo, o do poder de polícia), influenciou-as a ponto de permitir questionar a aplicabilidade da definição tradicional para reger as novas situações. Nas linhas que seguem, portanto, o foco não está na (complexa) conceituação de serviço público, e sim na compreensão de como tal noção influenciou a concepção da autorização administrativa – este sim, o foco da pesquisa.

Nesse itinerário deve-se tentar, ao máximo possível, analisar os fatos de forma fria, com a crueza da carne golpeada pela ave de rapina. Por certo, tal tentativa não será plenamente exitosa – afinal, a mente do pesquisador nunca será uma folha em branco. No entanto, não se pode admitir que um debate como o aqui travado, que se pretende científico, rume cegamente ao plano das ideologias e lugares-comuns.

Como já alertou Alexandre ARAGÃO, “não há dúvida que o tema dos serviços públicos, por ser diretamente relacionado às funções que o Estado deve desempenhar no domínio social e econômico, constitui campo fértil para o debate ideológico”.¹⁷⁴ O apontamento é compartilhado por Fernando AGUILLAR, ao afirmar o autor ser o debate permeado por questões ideológicas, de sorte que as “interpretações das normas constitucionais têm revelado mais a opinião pessoal dos juristas sobre como o direito positivo deveria ser do que sobre o que o direito positivo é”.¹⁷⁵ No mesmo passo, Carlos Ari SUNDFELD:

Claro que sempre se pode dizer que tudo é parte do odioso “projeto neoliberal”, feito para o capital estrangeiro e só para ele. É igualmente possível, com doce simpatia, chamar todo o pacote de “modernização do Estado”. Mas ou não somos racionais ou teremos de reconhecer: nada disso é análise de resultados, mas simples discussão *a priori*; se ficamos nele, nunca saímos de onde partimos.¹⁷⁶

O alerta também é feito pela doutrina internacional, como em Juan Carlos CASSAGNE, que constata: “[...] o cenário no qual se representa a grande obra do serviço público é complexo e não está isento do perigo que implica a contaminação proveniente de produtos ideológicos alheios à realidade”.¹⁷⁷

Isso se deve em grande medida ao fato de que, como cediço, discutir serviço público é adentrar o cerne das concepções acerca da atuação estatal no domínio socioeconômico: se o pesquisador deseja saber qual a intensidade da “presença estatal” numa determinada sociedade, um bom indicativo é analisar as disposições normativas acerca dos serviços públicos. Como afirma Cristiane DERANI, “as questões da privatização, dos serviços públicos e da concorrência situam-se no entroncamento da econômica com o direito e a política”, de modo que “privatizar não

¹⁷⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços públicos**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 15-16.

¹⁷⁵ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 345.

¹⁷⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 36. Para o autor, “é inútil voltar sempre ao ponto de partida ideológico, colocando eternamente em questão a oportunidade e utilidade das privatizações”, visto que no atual estado das coisas, “o processo em si é dificilmente reversível” (*Ibidem, idem*).

¹⁷⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. La estabilidad de los derechos patrimoniales emergentes de los contratos de concesión y/o licencia de servicios públicos. In: CASSAGNE, Juan Carlos; ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Servicios Públicos, regulación y renegociación**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005, p. 174.

é somente abrir fronteiras de mercado [...], é eliminar deveres do poder público, no que concerne à atuação do Estado no domínio econômico”.¹⁷⁸

É o que se extrai, igualmente, de Marçal JUSTEN FILHO, ao consignar que a qualificação de uma atividade como serviço público “envolve critérios não apenas de eficiência econômica mas também indica uma opção política sobre as funções reservadas ao Estado”, ou seja, “definir serviço público pressupõe definir e dimensionar o Estado e os valores jurídicos fundamentais por ele consagrados”, de modo que o conceito de serviço público acaba sempre dependendo (e derivando) do modelo constitucional assumido por cada comunidade em cada momento histórico.¹⁷⁹

É por isso que, na presente pesquisa, pretende-se não cair na armadilha da ideologia: cumpre aqui anotar apenas a noção tradicional do serviço público, suas eventuais crises e consequentes mutações, e como pode ter influenciado a utilização contemporânea da figura da autorização administrativa, nos moldes aqui pugnados.

Ademais, a compreensão desse contexto histórico de mutação da noção de serviço público, dentro da qual se pretende inserir a temática pesquisada, perpassa também pela configuração de um ramo do direito (segundo alguns, autônomo em relação ao Direito Administrativo),¹⁸⁰ que tem albergado as autorizações regulatórias nos dias atuais: o Direito Econômico.¹⁸¹ Isso porque as autorizações administrativas que constituem o foco do presente trabalho não surgiram senão no solo fértil

¹⁷⁸ DERANI, Cristiane. **Privatização e Serviços públicos**: as ações do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 115.

¹⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 35.

¹⁸⁰ Não se enfrentará na presente pesquisa a questão da autonomia didático-científica do Direito Econômico, a configurá-lo como ramo jurídico ou simplesmente como método de análise (sobre o tema, remete-se a AGUILLAR, Direito Econômico... *op. cit.*, p. 25-31; NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: Introdução ao Direito Econômico. 6.ed. São Paulo: RT, 2010, p. 206-209). De qualquer forma, sendo ou não ramo autônomo, parte-se da premissa de que oferece ao pesquisador um ferramental diferenciado de compreensão do Direito, possibilitando um enfoque diverso do tradicional. Colhe-se de Fernando Aguillar, acerca da relação entre Direito Econômico e Direito Administrativo: “pode ocorrer de ambas as disciplinas tratarem do mesmo tema jurídico, como ocorre com os serviços públicos. Mas o farão de perspectivas diversas” (AGUILLAR, Direito Econômico... *op. cit.*, p. 19).

¹⁸¹ Isso não transmuta a autorização administrativa em “autorização econômica”: o adjetivo “administrativa” advém do fato de serem as autorizações utilizadas pela Administração Pública no exercício de suas funções, em contraste com as autorizações que, por exemplo, um cônjuge dá a outro para a compra de um imóvel (as autorizações maritais e outorgas uxórias do Código Civil Brasileiro).

propiciado pela constante evolução deste peculiar e bandeirante¹⁸² campo de estudo, que propõe uma paralaxe ao enfoque do Direito Administrativo Tradicional – configurando um “Direito Administrativo Econômico”.¹⁸³

É dizer: é prejudicada a correta e hígida compreensão das autorizações administrativas que aqui se denominam “autorizações regulatórias” caso não se tenha em mente, como pressuposto metodológico, que tais autorizações não deitam suas raízes na concepção tradicional (acima analisada) de poder de polícia dos séculos XIX e XX, nem na concepção (adiante analisada) de serviço público partidária dessa época, mas sim numa concepção revisitada da noção de serviço público, tracejada recentemente e que constitui um dos centros de preocupação do dito Direito (Administrativo) Econômico.¹⁸⁴

Como se intentará demonstrar, destarte, é mediante a compreensão da evolução do Direito Econômico, aliada à análise da mutação dos serviços públicos (em solo europeu e nacional), que se pode enfrentar o tema proposto, e assim constatar a pertinência – ou não – de se sustentar a existência de uma nova modalidade de autorização administrativa no cenário jurídico contemporâneo, diversa das autorizações de polícia de outrora.

¹⁸² Fazendo aqui alusão à feliz expressão que, já em meados do século passado, Ascarelli atribuía ao Direito Comercial (ASCARELLI, Tullio. **Panorama do Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 43).

¹⁸³ A denominação é adotada no Brasil, por exemplo, por Carlos Ari Sundfeld, em livro por ele coordenado: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. A mesma expressão é utilizada por autores estrangeiros, a exemplo de: ORTEGA, Ricardo Rivero. **Introducción al Derecho Administrativo Económico**. 2.ed. Salamanca: Ratio Legis, 2001.

¹⁸⁴ Sim, do Direito Econômico, pois, como afirmou Juan Miguel Martínez: “[...] a regulação econômica não é identificável com o Direito Administrativo que conhecemos, ao menos em sua configuração tradicional. Do mesmo modo que a liberalização dos antigos setores estratégicos deu lugar a um novo conceito de serviço público [...], a regulação subsequente à privatização está dando lugar a novas técnicas e problemas, para as quais o Direito Administrativo tradicional é insuficiente” (MARTÍNEZ, Juan Miguel de la Cuétara. La regulación subsiguiente a la liberalización y privatización de servicios públicos. In **Os Caminhos da Privatização da Administração Pública**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 199). Nesse passo, Forsthoff afirma que o sistema administrativo clássico pode continuar a ser aplicado no domínio da Administração agressiva, mas deve ser abandonado no que respeita a toda a vasta área da Administração prestadora (*apud* SILVA, Em busca..., *op. cit.*, p. 115). No Brasil, pondera Floriano de Azevedo Marques Neto que é “óbvia a inadaptabilidade do tradicional Direito Administrativo às transformações vividas pelo Estado” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In: SUNDFELD, Direito Administrativo Econômico... *op. cit.*, p. 80). É por isso que, na visão de Didier Linotte e Raphael Romi, esse Direito Administrativo da Economia pode ser compreendido como um “Direito Administrativo Piloto”, visto que as intervenções estatais na economia são as grandes responsáveis pelas mutações em alguns instrumentos tradicionais do direito administrativo (LINOTTE, Didier; ROMI, Raphael. **Services Publics et Droit Public Économique**. Paris: Litec, 2001, p. 37). Bem destaca Vasco Pereira da Silva, nesse senso, que o Direito Administrativo Econômico é o “domínio privilegiado para o surgimento de atos administrativos com eficácia em relação a terceiros” (SILVA, Em busca... *op. cit.*, p. 451).

1. O DIREITO (ADMINISTRATIVO) ECONÔMICO EM EVOLUÇÃO: MUTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

1.1 A noção tradicional de serviço público

Por certo, não é fácil a tarefa de definir, de modo estanque e sem margem de erro, o que é “serviço público”.¹⁸⁵ Em verdade, defende-se aqui a compreensão de que não há propriamente uma entidade que possa ser ontologicamente chamada de “serviço público”, um algo “mítico”,¹⁸⁶ assim caracterizado apenas por sua natureza ou por sua essência. O serviço público é uma *noção*, e não um dado concreto, um objeto – encará-lo de tal forma seria atribuir traços por demais positivistas à sua análise.¹⁸⁷

É esse o entendimento de Paulo MODESTO, ao afirmar que “[...] o conceito jurídico de ‘serviço público’ *não pode ser um conceito naturalístico ou essencialista*”, de sorte que não é admissível que se admita a existência de “serviços públicos por natureza”.¹⁸⁸ No mesmo sentido, Fernando Herren AGUILLAR, para quem “[...] não há necessariamente um critério de essencialidade para separar as atividades econômicas em sentido estrito desempenhadas pelo Estado dos serviços públicos”, de modo que “é o direito positivo [...] que determina a incidência do regime jurídico do serviço público a uma atividade econômica”.¹⁸⁹ O posicionamento é partilhado por Fernando Borges MÂNICA, ao argumentar que “o serviço não constitui um conceito

¹⁸⁵ A dificuldade já foi apontada, na doutrina brasileira, por diversos autores: DI PIETRO, Direito Administrativo, *op. cit.*, p. 90 e seguintes; CARVALHO FILHO, Curso... *op. cit.*, p. 250 e seguintes; ARAGÃO, Alexandre. **Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 144.

¹⁸⁶ Consoante adjetivação atribuída em: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mito e realidade do serviço público. **Revista de Direito da PGE/RJ**, v. 53, 2000, p. 140. O adjetivo foi atribuído também em: CHEVALLIER, Jacques. **Le Service Public**. 8.ed. Paris: PUF, 2010, p. 3.

¹⁸⁷ A pertinência de se falar em “noção”, e não propriamente num “conceito” de serviço público, é endossada por Eros GRAU, para quem “o serviço público não possui essência alguma”, pelo que a determinação de significado à expressão não pode ser realizada mediante recurso a um *conceito*, senão a uma *noção* (GRAU, Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 134).

¹⁸⁸ MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de “serviço público”, “serviço de relevância pública e “serviços de exploração econômica” para as parcerias público-privadas”. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 447.

¹⁸⁹ AGUILLAR, Direito Econômico... *op. cit.*, p. 328-329. Sobre o tema, cf. também ARAGÃO, Direito dos Serviços públicos... *op. cit.*, p. 127; e GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 88.

lógico-jurídico, mas uma noção cujo conteúdo é passível de ser extraído da Constituição e da realidade histórica”.¹⁹⁰

Nessa aproximação, o que é verificável, de certo modo, é a existência de uma espécie de “vocação” da atividade para ser serviço público, assim reconhecida pelo legislador, de sorte que a noção de serviço público pode ser compreendida como uma *qualificação especial legislativamente atribuída a uma atividade*, por suas características e pelo regime jurídico a que, conseqüentemente,¹⁹¹ deve estar submetida. Portanto, é mediante uma *decisão política*, normativamente positivada, que determinadas atividades serão *qualificadas como* serviços públicos: a atividade não “nasce” serviço público, é alçada como tal mediante decisão política positivada.

É exatamente por isso que Marçal JUSTEN FILHO afirma ser “impossível formular um conceito genérico de serviço público com aspiração a uma validade universal”, já que “cada conceito reflete as características de um ordenamento jurídico, num determinado momento histórico”.¹⁹² É também por conta disso que, ao importar conceitos “alienígenas” da noção, deve-se sempre fazê-los passar pelo filtro constitucional, de modo a buscar, ao máximo possível, um “serviço público à brasileira”.¹⁹³

Com arrimo nesses balizamentos, tentar-se-á a todo custo na presente pesquisa ter o cuidado metodológico de diferenciar “serviço público” e “atividade qualificável como serviço público”. *Serviço público*, insista-se, não é um dado concreto ou uma ontologia, e sim a noção utilizada para retratar uma *qualificação juridicamente atribuída* a dada atividade, de modo a sujeitá-la a um regime jurídico peculiar. A *atividade qualificável como* serviço público, por sua vez, é – esta sim –

¹⁹⁰ MÂNICA, Fernando Borges. **O Setor Privado nos Serviços públicos de Saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 115. Sobre o tema, cf. também ARAGÃO, Direito dos Serviços públicos... *op. cit.*, p. 127; e GROTTI, O Serviço público... *op. cit.*, p. 88.

¹⁹¹ O advérbio destacado em itálico reflete o pensamento, por exemplo, de Eros Grau, para quem o regime jurídico especial a que deve estar submetida a atividade qualificada como serviço público é reflexo desta sua qualificação, sendo “equivocada a tentativa de conceituar-se *serviço público* como atividade sujeita a *regime de serviço público*”, sob pena de privilegiar-se a forma em detrimento do conteúdo (GRAU, A Ordem... *op. cit.*, p. 119). Aprofundaremos adiante, Parte 3, item 1.6.1.

¹⁹² JUSTEN FILHO, Teoria Geral das Concessões... *op. cit.*, p. 17. No mesmo passo, afirma Jêze que “para saber se existe serviço público propriamente dito é necessário averiguar se essa foi a intenção dos governantes, e esta vontade se aprecia não por uma característica particular essencial, senão por um conjunto de sinais” (JÊZE, Principios generales... tomo I, *op. cit.*, p. 292).

¹⁹³ Na feliz expressão extraída de: COUTO E SILVA, Almiro do. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 479.

dado material concreto, que, portanto, precede a eventual qualificação jurídica.¹⁹⁴ Em termos linguísticos, pode-se afirmar que o “serviço público” é o adjetivo atribuível à atividade (substantivo) que, na prática, reúna certos requisitos a ponto de ser legislativamente qualificada como tal. A diferença não é meramente retórica, e sua importância ficará mais clara no desvelar da pesquisa.

Como parece intuitivo, a noção de serviço público não nasceu pronta, acabada, definida em todos os seus contornos desde os primórdios. Na realidade, como notou José Souvirón MORENILLA, é possível detectar-se “um fio histórico que conduz desde o seu conceito político até sua posterior funcionalidade jurídica”.¹⁹⁵

Historicamente, as primeiras teorizações concretas e específicas sobre o serviço público, à época ainda em estágio germinal, foram realizadas em solo francês, a partir da jurisprudência do Conselho de Estado,¹⁹⁶ em fins do séc. XIX e início do séc. XX, por autores que, capitaneados por Leon DUGUIT e Gaston JÈZE, compuseram a assim denominada “Escola do Serviço Público”, ou Escola de Bordeaux. Paralelamente, também em França, autores como Maurice HAURIOU pregavam postura ideológica diversa, naquela que ficou conhecida como a “Escola da *Puissance Publique*”.¹⁹⁷

DUGUIT, sob um prisma sociológico-positivista, reconheceu que o Estado, ainda que Liberal, possuía deveres prestacionais para com a sociedade. Nessa aproximação, o serviço público é, para o autor, definível como o conjunto de deveres impostos ao Estado para o atendimento de necessidades coletivas básicas e, em

¹⁹⁴ Não se afigura razoável (em verdade, parece até esdrúxulo) qualificar como serviço público uma atividade materialmente inexistente no momento da qualificação: a título de exemplo, pense-se numa lei federal publicada em 2014 que considere como serviço público a atividade de teletransporte de pessoas.

¹⁹⁵ MORENILLA, José María Souvirón. **La actividad de la administración y el servicio público**. Granada: Comares, 1998, p. 153. A afirmação é reprisada em: GROTTI, O Serviço público... *op. cit.*, p. 19.

¹⁹⁶ Destaca-se, aqui, o conhecido *Arrêt Blanco*, julgado em 1873, seguido pelo *Arrêt Terrier*, de 1903. Síntese dos dois casos pode ser encontrada em: JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 22-28.

¹⁹⁷ Inclusive há autores, como é o caso de Juan Carlos Cassagne, que afirmam ser errôneo atribuir a Duguit a paternidade da teoria do serviço público, sendo que – paradoxalmente – a origem da noção doutrinária de serviço público é reconduzível a Hauriou. Sobre o tema, que foge ao foco da presente pesquisa, não serão aqui apresentados maiores detalhes, sendo recomendado aprofundar em: CASSAGNE, Juan Carlos. El servicio público en el campo de la contratación administrativa. *In*: CASSAGNE; ARIÑO ORTIZ, Servicio Público, regulación y renegociación, *op. cit.*, p. 55 e seguintes. O autor retoma a assertiva em: CASSAGNE, Juan Carlos. Las técnicas de habilitación en el marco de una nueva concepción sobre el servicio público: concesión, licencia, autorización y permiso. *In*: ORTIZ, Gaspar Ariño. **La regulación económica**. Buenos Aires: Ábaco, 1996, p. 21 e seguintes.

sua visão, não era uma benesse, uma concessão estatal, mas sim um dever cuja satisfação legitimava sua atuação. Citando o autor, serviço público é:

Toda a atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e controlado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e que é de tal natureza que não pode ser assegurado completamente senão pela intervenção da força do governante.¹⁹⁸

De sua parte, JÈZE atentou mais para a dimensão jurídica do tema. Para o autor, além do simples atendimento às necessidades coletivas, os serviços públicos possuíam algo a mais que os diferenciava. Foi a partir daí que Jèze propôs um regime jurídico peculiar para os serviços públicos, distinto do regime jurídico “ordinário” (privado): para o autor, “a ideia de serviço público se acha intimamente vinculada à de procedimento de direito público”.¹⁹⁹

Celso Antônio Bandeira de MELLO sintetiza:

[...] enquanto Duguit conceitua o serviço público em termos sociológicos e identifica as regras de direito administrativo com o serviço público administrativo, [...] Jèze assume perspectiva formal, rigorosamente jurídica, e conceitua o serviço público como um procedimento técnico que se traduz em um regime peculiar, [...] e associa estreitamente serviço público administrativo e direito administrativo.²⁰⁰

A união das visões de Duguit e Jèze permite conformar a “noção clássica” de serviço público,²⁰¹ em suas dimensões pessoal (atividade estatal), material (atendimento de necessidades básicas) e formal (regime jurídico específico).

Interessante de se notar, nessa aproximação precária, é que a Escola de Bordeaux imprimia ao serviço público uma relevância tal que o tornava elemento central do Direito Administrativo. Leon DUGUIT afirmava ser a prestação de serviços públicos o elemento legitimador da atuação estatal, de modo que o Estado nada

¹⁹⁸ DUGUIT, Les Transformations... *op. cit.*, p. 51.

¹⁹⁹ JÈZE, Gaston. **Principios Generales del Derecho Administrativo**. Tomo II. Trad. Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 4.

²⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**. São Paulo: RT, 1968, p. 150-151.

²⁰¹ Nesse sentido: “A teoria do serviço público se desenvolve no primeiro terço do século XX, na primeira grande etapa do intervencionismo público e foi sistematizada por Duguit e Jèze” (GROTTI, O Serviço público... *op. cit.*, p. 31). Síntese da formação da teoria do serviço público clássica pode ser extraída de: MORENILLA, La actividade... *op. cit.*, p. 112 e seguintes; GROTTI, O Serviço público..., *op. cit.*, p. 26-47; JUSTEN, A noção... *op. cit.*, p. 28-46; ARAGÃO, Direito dos Serviços públicos..., *op. cit.*, p. 74 e seguintes.

mais era do que um “conjunto de serviços públicos”,²⁰² e que “o direito público é o direito objetivo dos serviços públicos”.²⁰³ De sua parte, Gaston JÈZE reputava que ser o serviço público “a pedra angular do direito administrativo francês”, servindo para “modelar todas as instituições do direito público”.²⁰⁴ Ao “Direito Administrativo do Ato” (e do poder de polícia), a Escola de Bordeaux pretendia confrontar o “Direito Administrativo do Serviço Público”.

Ocorre que, a despeito da “funcionalização” do serviço público em Duguit, destinada ao controle dos governantes pelos cidadãos, a noção e os contornos do instituto não deixaram de ser permeados pelos elementos típicos do momento histórico em que se vivia, imbuindo-se ao conceito tradicional, inevitavelmente, as mesmas notas de autoridade atribuídas às demais modalidades de atuação administrativa em geral. Essa presença de valores tradicionais no seio da noção de serviço público, de acordo com Juan Carlos CASSAGNE, pode ser compreendida como derivação da “ideologia socialista” latente na concepção de Duguit, responsável por transformá-la numa concepção autoritária e estatista que, ao cabo, fez com que o Estado assumisse a gestão direta dos serviços públicos, num amplo processo de nacionalização.²⁰⁵

Pode ser igualmente apontada como razão para a penetração de notas de autoridade na noção de serviço público a influência que sobre ela tiveram algumas interpretações elaboradas por outras correntes doutrinárias, sobretudo a Escola de Toulouse, encabeçada por Maurice HAURIOU. Crítico de Duguit e Jèze e defensor da noção de *puissance publique* (apesar de existirem certas “variações cíclicas” no pensamento do autor),²⁰⁶ Hauriou cunhou interessante noção de serviço público e, ligando-o ao (tradicional) uso da autoridade, definiu-o como “organização pública de poderes, de competências e de costumes assumindo a função de fornecer ao público, de uma maneira regular e contínua, um serviço determinado dentro de um pensamento político, no sentido elevado do termo”.²⁰⁷ Para o autor, a identificação

²⁰² DUGUIT, Les Transformations... *op. cit.*, p. 255.

²⁰³ *Ibidem*, p. 52.

²⁰⁴ JÈZE, Princípios Generales..., t. II, *op. cit.*, p. LXV.

²⁰⁵ CASSAGNE, El servicio público en el campo... *op. cit.*, p. 56.

²⁰⁶ JUSTEN, A noção... *op. cit.*, p. 40-41.

²⁰⁷ HAURIOU, Précis... *op. cit.*, p. 64. É curioso ressaltar, a respeito do debate entre a Escola do Serviço Público e a Escola da *Puissance Publique*, que o comissário David, um dos julgadores do Arrêt Blanco, “não vislumbrava uma cisão entre *puissance publique* e serviço público”, porquanto, em seu entendimento, as noções eram indissociáveis. Sobre o tema, cf.: JUSTEN, A noção... *op. cit.*, p. 22-26. No Brasil, Marçal Justen Filho faz interessante ligação entre os conceitos: JUSTEN FILHO, Direito das Concessões... *op. cit.*, p. 22-29. Nesse senso, Madiot afirma que “não se deve pensar que

do serviço público a uma utilidade pública justificaria o uso da *puissance publique*, de modo que “só haveria serviço público, como finalidade do direito administrativo, quando o seu meio de exteriorização fosse pela *puissance publique*”.²⁰⁸ Portanto, na visão do autor, a gestão de um serviço público poderia comportar o emprego de autoridade (*puissance publique*), de sorte que, como resume Mônica JUSTEN, o Direito Administrativo passa a ser definido como “conjunto de normas relativas à organização e funcionamento dos serviços públicos, cujo regime jurídico se definiria pela exteriorização da *puissance publique*”.²⁰⁹

Isso explica como o “critério formal” da noção de serviço público foi ligado desde JÈZE²¹⁰ à compreensão de que haveria uma *exorbitância* do regime de execução dos serviços públicos com relação à prestação das demais atividades, exorbitância essa que seria caracterizada pela existência de um plexo de *prerrogativas* em favor da Administração Pública, a fim de promover e garantir sua concretização.²¹¹

Portanto, concluiu acertadamente Vitor Rhein SCHIRATO que, para a doutrina tradicional, “o regime jurídico dos serviços públicos seria caracterizado pela possibilidade de atuação autoritária da administração pública, pautada por prerrogativas e privilégios especiais”.²¹²

Essa compreensão germinal do serviço público enquanto “atividade estatal de atendimento de necessidades básicas submetida a regime jurídico específico” influenciou a doutrina jus-administrativista pátria, fazendo com que muitos juristas brasileiros, desde os clássicos até os contemporâneos, reproduzam tal conceito, às vezes sem o devido aprofundamento reflexivo, repetindo fórmulas que, face à

as fronteiras entre as atividades de polícia, de serviço público, e de orientação, possuem uma grande nitidez. Os entrecruzamentos são frequentes e é impossível descobrir um critério válido: a atividade administrativa tornou-se demasiado complexa para poder ser encerrada em quadros rígidos, delimitados com a ajuda de critérios simples” (*apud* SILVA, Em busca..., *op. cit.*, p. 468, nota de rodapé). É em passo idêntico a reflexão de Juan Carlos Cassagne, para quem tem-se produzido uma intercambialidade das técnicas tradicionais (serviço público, fomento e polícia) ante a “insuficiência da antiga classificação para compreender diferentes realidades que respondem a peculiares regimes jurídicos” (CASSAGNE, Juan Carlos. **La Intervención Administrativa**. 2. Ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995, p. 25).

²⁰⁸ JUSTEN, A noção... *op. cit.*, p. 41.

²⁰⁹ *Ibidem, idem.*

²¹⁰ Senão, cf.: JÈZE, Principios Generales..., t. II, *op. cit.*, p. 19.

²¹¹ Nesse sentido, cf.: GUGLIELMI, Gilles J. **Introduction au droit des services publics**. Paris: L.G.D.J., 1994, p. 62-63; MESCHERIAKOFF, Alain-Serge. **Droit des services publics**. 2.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1997, p. 288-290.

²¹² SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 56.

realidade fática e normativa dos dias de hoje, talvez não mais se apliquem integralmente.

Certamente não cabe aqui colacionar exaustivamente as noções de serviço público oferecidas pela doutrina pátria, o que desviaria em muito do escopo aqui pretendido.²¹³ Vale, no entanto, com base no estudo de Vitor SCHIRATO,²¹⁴ destacar dois deles.

O primeiro, pelo seu pioneirismo e por ter servido de alicerce para boa parcela da construção doutrinária posterior, é o de Themístocles Brandão CAVALCANTI, que, conduzido por certos interesses governamentais,²¹⁵ foi fortemente influenciado pela doutrina francesa – sobretudo de Jèze – e assentou que o essencial no serviço público é “o regime jurídico a que obedece, a parte que tem o Estado na sua regulamentação, no seu controle, os benefícios e os privilégios de que goza, o interesse coletivo a que visa atender”.²¹⁶

Este conceito foi, segundo afirma Vitor SCHIRATO, reiteradamente e irrefletidamente repetido pela doutrina administrativista pátria ao longo de longos anos,²¹⁷ sendo essa, em linhas gerais, a essência do talvez mais famoso e citado conceito de serviço público nas obras e artigos científicos do campo jurídico, de autoria de Celso Antônio Bandeira de MELLO:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.²¹⁸

Essa noção clássica de serviço público, composta pelos elementos (i) pessoal/orgânico (atividade prestada pelo Estado – *publicatio*), (ii) material (que atenda a necessidades básicas) e (iii) formal (sob regime jurídico de direito público – do qual deriva a incidência das Leis de Rolland e os *privilégios* como a

²¹³ Abordagem mais aprofundada do tema pode ser extraída de: SCHIRATO, Livre iniciativa... *op. cit.*; GROTTI, O Serviço público..., *op. cit.*, p. 141 e seguintes.

²¹⁴ SCHIRATO, Livre iniciativa... *op. cit.*, p. 46-47; 50.

²¹⁵ A conclusão é de: SCHIRATO, Livre iniciativa... *op. cit.*, p. 79-82.

²¹⁶ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. V. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 55.

²¹⁷ O autor comprova tal afirmação mediante análise dos conceitos apresentados por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Ruy Cirne Lima, Mário Masagão e José Cretella Júnior (SCHIRATO, Livre iniciativa... *op. cit.*, p. 46 e seguintes).

²¹⁸ MELLO, Curso de Direito Administrativo, *op. cit.*, p. 659.

exclusividade) é a regra-matriz de compreensão da atuação estatal durante boa parte do século XX.

Entretanto, consoante se discorrerá no tópico seguinte, essa noção tradicional, elaborada a partir da conceituação clássica francesa do século XIX e início do século XX, sofreu crises contundentes e sucessivas, iniciadas na Europa e espalhadas ao solo pátrio, fazendo com que o instituto passasse por um longo processo de mutação. Disso resulta que os elementos contidos nessa conceituação clássica do serviço público, bem como algumas das consequências daí resultantes, talvez precisem ser revisitados ante a nova realidade fático-normativa que, no Brasil, iniciou-se em meados da década de 90 do século passado.

É o que se passa a expor nas linhas que seguem.

1.2 O Direito Econômico e a evolução dos serviços públicos na Europa

Os serviços públicos sofreram – e ainda sofrem, provavelmente sempre sofrerão – mutações em seus contornos. Assim, características que lhes foram classicamente atribuídas ao longo do século XIX foram sendo paulatinamente abrandadas, algumas quiçá abandonadas.

Adotando como marco inicial o Estado Absolutista, dotado de uma administração pública do tipo patrimonialista, é certo dizer que este não tinha como intenção repartir bens econômicos e riquezas, tanto menos promover o bem comum dos cidadãos (então encarados meramente como súditos reais).²¹⁹ Evidente que, num Estado com tal formatação, não há que se falar em prestação de serviços públicos pela Administração Pública, conforme notou Gaspar ARIÑO ORTIZ ao afirmar que o serviço público “é uma técnica institucional, finalista, não puramente instrumental, impensável fora do contexto político-social e de uma certa ideia de Estado que provém da Revolução”.²²⁰

Com o advento do Estado Liberal, deflagrado após as Revoluções Burguesas, o cenário da prestação estatal de serviços públicos muda sensivelmente na Europa. Isso porque, a despeito de o Estado de matriz liberal ser dotado, por sua própria definição, de forte conotação abstencionista, tal caráter não impediu o

²¹⁹ Aprofundar em: ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado Absolutista**. 3.ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

²²⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **La Regulación Económica**: Teoría y práctica de la regulación para la competencia. Buenos Aires: Ábaco, 1996, p. 51.

surgimento de um semblante inicial, de uma noção “intuitiva e operativa”²²¹ de serviço público, por duas razões principais.

De um lado, por conta das necessidades decorrentes da Revolução Industrial, o Estado Liberal viu-se, na segunda metade do séc. XIX, ante a necessidade de instalar as infraestruturas essenciais ao desenvolvimento da economia, à época inexistentes ou em elevado grau de precariedade. Destarte, para alavancar o capitalismo industrial, teve o Estado de assumir a responsabilidade de criar ou desenvolver as infraestruturas econômicas necessárias ao bom andamento das etapas da cadeia econômica – em destaque as redes de transporte ferroviário, de gás e de eletricidade. De outra banda, não era conveniente à ideologia do Estado Liberal permitir que entes intermédios permanecessem fortalecidos – dentre eles a Igreja Católica, dotada de extraordinário poder no medievo. Daí porque o novel modelo estatal teve também de assumir a prestação de serviços em substituição àqueles prestados pela Igreja e pelas demais corporações e entes intermédios.²²²

Foi assim então que surgiram, ainda no Estado Liberal, as primeiras atividades enquadráveis como “serviços públicos”,²²³ de responsabilidade do Estado: as atividades nos setores infraestruturais – ferrovias, eletricidade, gás – para alavancar o capitalismo, e os serviços sociais para suplantar a Igreja Católica – notadamente educação e saúde.

Deve-se sublinhar que a necessidade de instalação de infraestruturas foi um marco crucial para a modificação da atuação do próprio Estado Liberal, de matriz absenteísta. Por conta da revolução industrial e das crescentes carências econômicas que pressupunham uma intervenção pública diversa da mera “polícia”, acima analisada, e considerando que a construção e manutenção das grandes infraestruturas pressupõe uma planificação econômica nacional, o Estado – ainda que imbuído numa filosofia liberal – intervinha na economia, assumindo responsabilidades em atividades de natureza econômica (sobretudo as grandes indústrias como os transportes, eletricidade, etc.).²²⁴

²²¹ A expressão aspada foi extraída de: GUGLIELMI, Introduction... *op. cit.*, p. 21.

²²² Nesse sentido, cf.: ARAGÃO, Direito dos serviços públicos... *op. cit.*, p. 33; MORENILLA, La actividad... *op. cit.*, p. 49; GIANNINI, Il Pubblico Potere... *op. cit.*, p. 42-45.

²²³ Ainda que, logo quando de seu surgimento, não detivessem tal definição, que foi adquirida somente após as teorizações da Escola do Serviço público francesa, capitaneada por Duguit e Jèze, em fins do séc. XIX e início do séc. XX.

²²⁴ É esse o entendimento também de Eros Roberto Grau, para quem “ainda no tempo do liberalismo o Estado era, seguidas vezes, sempre no interesse do capital, chamado a ‘intervir’ na economia” (GRAU, A ordem econômica... *op. cit.*, p. 21). Daí porque a vitória da burguesia foi “fruto das políticas

Nessa aproximação, não são de causar espanto as “inquietações” sentidas por Georges RIPERT quando este notou que o Liberalismo, durante a Revolução Industrial, conviveu com a utilização, pelo Estado, de mecanismos interventivos para impulsionar a economia capitalista: foi justamente durante a Revolução Industrial que o Estado começou a prestar (ainda que indiretamente, via outorga a privados) os primeiros serviços públicos, de cunho econômico e caráter infraestrutural. Assim, para RIPERT, já durante a Revolução Industrial (sobretudo na Inglaterra e em França) as necessidades de modernização da economia conduziram à premência de o Estado adotar mecanismos para estimular investimentos privados, os quais se reverteriam em benesses ao sistema de acumulação capitalista típico do liberalismo ocidental.²²⁵ É por isso que acerta Eros GRAU ao constatar que “a própria constituição do modo de produção capitalista dependeu da ação estatal”,²²⁶ de modo que, paradoxalmente, o Estado passou a regular a economia justamente para assegurar o *laissez faire* e promover a proteção social.²²⁷

Considerando essa faceta histórica do germen do serviço público ainda no Estado Liberal do séc. XIX, com a pretensão de desenvolver as infraestruturas essenciais ao desenvolvimento da economia capitalista, é possível estabelecer as conexões entre o Direito (Administrativo) Econômico e a prestação de serviços públicos pelo Estado: enquanto forma de atuação estatal em setores de cunho econômico, os serviços públicos constituem um dos focos de estudo da disciplina, de modo que o surgimento e evolução deste ramo do Direito podem, em grande medida, ser lidos a partir da evolução da prestação de serviços públicos pelo Estado. Destarte, crê-se justificada a opção feita nessa pesquisa por analisar em conjunto a evolução dos serviços públicos e do Direito Econômico: se este pode ser lido enquanto o direito aplicável à atuação estatal na ordem econômica,²²⁸ e se os serviços públicos podem ser encarados enquanto modalidade de atuação estatal em

mercantilistas executadas por um Estado forte e centralizador” (a afirmação consta do Prefácio, escrito por Luis Gonzaga de Mello Belluzzo, em: FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 15).

²²⁵ RIPERT, Georges. **Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno**. Trad. Gilda G. de Azevedo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947, p. 9 e seguintes.

²²⁶ GRAU, A ordem econômica... *op. cit.*, p. 26.

²²⁷ *Ibidem*, p. 31. Isso porque o mercado “reclama atuação estatal, para garantir a fluência de suas relações, porem, ao mesmo tempo, exige que essa atuação seja mínima” (*Ibidem*, p. 37).

²²⁸ Sobre o tema, cf.: GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Pubblico dell’Economia**. Bolonha: Il Mulino, 1995; LINOTTE; ROMI, services publics... *op. cit.*, p. 12.

setores da Economia, parece aceitável a conclusão de que o Direito Econômico é (não apenas, mas também) um “Direito dos Serviços Públicos”.

Nesse caminho, é dificultoso descrever em poucas linhas o histórico do surgimento e da evolução do Direito Econômico – que, depende, aliás, da própria noção de “direito econômico” que se tenha em mente. Considerando o magistral trabalho feito por aqueles que, como Vital MOREIRA,²²⁹ André de LAUBADÈRE²³⁰ e Georges RIPERT,²³¹ anotaram com esmero grande parte a evolução da disciplina – cada qual a seu tempo e sob seu particular ponto de vista –,²³² esta aproximação tem a singela pretensão de apresentar o tema em linhas inevitavelmente superficiais.

Costuma-se remeter ao período do entre guerras o surgimento do Direito Econômico. Isso porque no Liberalismo, como acima relatado, o Estado abstencionista não tinha como intento primordial atuar/intervir na Economia, deixada ao livre sabor do mercado, cuja “mão invisível” tudo podia regular. Se havia intervenção estatal na economia, tal se dava esporadicamente e de forma desordenada, apenas para corrigir falhas eventuais de modo a impulsionar o capitalismo.²³³

Assim, a despeito desse germen inicial de intervenção estatal na economia, não se pode dizer que algo que possa ser denominado de Direito Econômico tenha surgido nessa fase: as intervenções eram ainda esparsas, direcionadas unicamente a superar obstáculos e entraves pontuais de modo a alavancar a economia capitalista em tempos de industrialização intensa. O Estado ainda não domava a Economia: havia apenas aplicado o golpe de espora, faltava o cabresto. Desta feita, considerando-se o Direito Público Econômico enquanto “direito aplicável às

²²⁹ MOREIRA, Vital. **Auto-Regulação profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 17 e seguintes.

²³⁰ LAUBADÈRE, Direito Público Econômico, *op. cit.*, p. 35 e seguintes.

²³¹ RIPERT, Aspectos... *op. cit.*, p. 15 e seguintes.

²³² Cumpre fazer remissão também ao ainda atual: COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. **Revista dos Tribunais**, n. 353, São Paulo, RT, março de 1965, p. 14-26.

²³³ O Brasil possui exemplo interessante: trata-se do Convênio de Taubaté de 1906, que instituiu a política de valorização do café, produto agrícola fundamental para a economia brasileira da época, por intermédio do qual o governo se comprometia a, dentre outras coisas, comprar dos produtores o excedente de sua produção para evitar a desvalorização do produto. Com o agravamento da crise, a partir de 1929, chegou-se ao extremo de reter e destruir parte da produção cafeeira, com o objetivo explícito de proteger o setor cafeeiro. Para aprofundar, cf.: FURTADO, Formação Econômica... *op. cit.*, p. 251-273.

intervenções das pessoas públicas na economia e aos órgãos dessas intervenções”,²³⁴ não há que se remeter ao Liberalismo a sua formulação.

O cenário muda no descortinar do século XX, em que a eclosão de duas grandes guerras mundiais consecutivas e a forte crise econômica representada pelo *crack* da Bolsa de Nova Iorque de 1929 trouxe novas alterações na atuação estatal. A destruição provocada pelas guerras e a situação de penúria da população fez com que o paradigma liberal de Estado fosse duramente combatido. De mero guardião das liberdades, passou a ser considerado responsável pela reconstrução econômica e social da nação, garantidor de novos direitos aos cidadãos e, principalmente, necessário prestador de serviços de cariz econômico e social. As profundas alterações ocorridas nas formas e finalidades da atuação estatal na economia fazem com que seja esse o período histórico que se costuma apontar como nascedouro do Direito Econômico. Explique-se.

Na Primeira Guerra Mundial, os países europeus se veem obrigados a direcionar pesado volume de recursos para a engenharia bélica: armas, munições, veículos, alimentos, combustíveis, etc. Passada a guerra, tanto os países vencedores como principalmente os vencidos encararam altíssimo grau de degradação em suas economias internas, postas em segundo plano por conta das batalhas. O Estado Liberal de cariz abstenteísta viu-se diante da urgente e inevitável necessidade de reorganizar a economia nacional e de prover sua população de condições mínimas de subsistência, ante a situação de penúria em que se encontrava por conta da insuficiente oferta de bens e serviços pelo mercado.

Ao redor do globo, começam a surgir Constituições que oficializam a intervenção estatal na ordem econômica como método autêntico de ação estatal para corrigir falhas na economia, guiar sua condução e impulsionar seu desenvolvimento. São exemplos pioneiros a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. Logo se notou que o Estado Liberal de premissa abstencionista não daria conta do pesado fardo da reestruturação econômica e social. O Estado Liberal entra em crise, e vai aos poucos surgindo o Estado Social,

²³⁴ LAUBADÈRE, Direito Público Econômico, *op. cit.*, p. 28.

interventor na economia e garantidor de direitos básicos aos cidadãos.²³⁵ O Estado, antes “circunscrito” à economia, nela se insere.²³⁶

É justamente nessa etapa histórica, no momento em que é oficializado o discurso interventor do Estado na economia, que se “registra o nascimento” do que posteriormente veio a ser chamado de Direito Econômico, enquanto ramo do direito voltado a analisar as relações entre Estado e Economia. Mas a História continua.

Agravando de forma desmensurada a situação de crise econômica mundial, em 1929, a Bolsa de Nova Iorque quebra. Novamente, os Estados se veem obrigados a agir na ordem econômica, lançando mão de crescentes e inovadores métodos interventivos. A crise de 29, propiciadora do que se convencionou denominar de *economia dirigida*, acabou constituindo o “grande fator circunstancial do intervencionismo”.²³⁷ O Estado agigantou-se e, com ele, a Administração Pública passou a ter de funcionar cada vez mais eficazmente na persecução de seus resultados.

Ademais, a deflagração da Segunda Guerra Mundial e a consequente necessidade de armamento pesado, somada à experiência pretérita dos países com a Primeira Guerra, fez com que novas técnicas e instrumentos de intervenção estatal na economia tivessem de ser desenvolvidos – e os antigos, aprimorados. Durante toda a guerra e mesmo depois de seu término, amplia-se a intervenção econômica estatal de um modo nunca antes visto: consagra-se presença do Estado na direção da economia, e, por via de consequência, consagra-se o Direito Econômico.

Economicamente, via-se necessário promover a intervenção estatal de modo a equilibrar as finanças nacionais prejudicadas pela guerra; socialmente, era imperioso permitir a inserção do Estado para garantir a promoção do bem-estar a uma população assolada pelas batalhas. O estado de alta degradação econômica e social tornou fundamental a superação da doutrina liberal, rumo a um Estado que equilibrasse a equação e prestasse os serviços necessários à população carente.

Se antes o Estado Liberal agia esporádica e pontualmente na economia, domando-a com espora, o Estado Social nela introduziu o cabresto, passando a conduzi-la confortavelmente, sentado em cela de lã e introduzindo tapas de veludo sempre que o cenário econômico se mostrasse amedrontador. Desponha, nesse

²³⁵ Sobre o tema, cf. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2004.

²³⁶ MOREIRA, Auto-Regulação... *op. cit.*, p. 23

²³⁷ LAUBADÈRE, Direito Público Econômico, *op. cit.*, p. 47-61.

contexto, o surgimento e evolução de mecanismos de *planejamento econômico* por parte do Estado, com vistas a guiar a economia mediante instrumentos de política econômica de orientação concertada.²³⁸

O Estado do Bem-Estar Social, consagrado nas Constituições do pós-guerra, é forte interventor na economia e garantidor de direitos à população, necessário prestador de serviços públicos que passaram a ser encarados como dever seu. No campo social, é o apogeu da noção de Estado prestador de serviços públicos preconizada por Leon DUGUIT;²³⁹ no campo econômico, foi a prova dos pressentimentos e soluções que anos antes haviam sido expostos por John KEYNES.²⁴⁰

A atuação estatal na economia não parou de se alargar até a década de 80 do séc. XX, formando um imenso setor público social (a que correspondem serviços públicos de cariz social) e econômico (a que correspondem serviços públicos de cariz econômico). É por isso que alguns designam o Estado desse período por *Estado de Serviço Público*.²⁴¹ Nesse novo Estado Social, várias atividades foram incluídas no “catálogo dos serviços públicos”, porquanto se alterou a própria finalidade da sua prestação: o Estado Social presta serviços públicos para garantir a efetivação de direitos fundamentais a seus cidadãos.

Verifica-se, aqui, como o histórico da prestação de serviços públicos pelo Estado coincide, em muitos termos, com o histórico do surgimento do próprio Direito Econômico, porquanto, pela via de grande parte dos serviços públicos (notadamente aqueles que em França foram denominados “serviços públicos econômicos”), o Estado não faz outra coisa senão definir um método de intervenção (*rectius*, atuação)²⁴² estatal na economia – os serviços públicos, despidos de suas roupagens

²³⁸ *Ibidem, idem.*

²³⁹ Para aprofundamentos, vide: JUSTEN, A noção de serviço público... *op. cit.*, p. 17-76.

²⁴⁰ KEYNES, John Maynard. **The End of Laissez-Faire**. Londres: Hogarth Press, 1926.

²⁴¹ GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. Os Serviços Públicos Econômicos e a Concessão no Estado Regulador. In: MOREIRA, Vital (org.). **Estudos de Regulação Pública**, vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 180.

²⁴² Semanticamente, é necessário apartar os verbos “atuar” e “intervir”. A expressão “Intervenção” liga-se à ideia de “intromissão”, ou seja, de um agir realizado de fora, enquanto que a expressão “atuação” conduz à ideia de um agir realizado de dentro, por pessoa circunscrita na área. É por isso que a prestação de serviços públicos pelo Estado (e até mesmo sua regulação), nessa óptica, deveria ser encarada como hipótese de *atuação*, e não de intervenção estatal na economia (é o Estado agindo em um campo que lhe pertence); de outro lado, a exploração estatal de atividade econômica seria modalidade de intervenção. Sobre o tema, cf. GRAU, A ordem econômica... *op. cit.*, p. 93-94.

românticas e de seu caráter quase “mítico”, são também instrumentos de ação estatal no campo econômico.²⁴³

Não causa espanto, assim, a conclusão de que o surgimento do Estado Social e o registro de nascimento do Direito Econômico ocorreram no mesmo período (o entre guerras), e conseqüentemente também não pode causar espanto a umbilical ligação do Direito Econômico com a temática dos serviços públicos: o Estado de Bem-Estar Social consagrado nas Constituições do pós-guerra, interventor na economia e garantidor de direitos à população, foi visto como necessário prestador de serviços públicos que passaram a ser encarados como dever seu. É por isso que, com a enorme ampliação dos métodos de atuação estatal na economia, os serviços públicos conquistaram solo fértil para sua multiplicação.

Nessa etapa histórica, a noção tradicional de serviço público, acima exposta, estava no auge: todas as atividades que possuísem alguma referibilidade à satisfação de necessidades básicas dos cidadãos ou fossem essenciais ao desenvolvimento da economia (critério material) eram qualificadas como serviço público, passavam a ser assumidas pelo Estado como de sua exclusiva titularidade (critério orgânico – *publicatio*), e eram prestadas sob regime de direito público (critério formal), passíveis de execução pelos privados após devido ato de outorga.

Na prática, no entanto, o Estado não só assumiu com exclusividade a titularidade de tais atividades, como também as prestava diretamente, preferindo sempre a execução direta (e monopolizada) à outorga aos privados.²⁴⁴ Assim, enquanto o Estado Liberal foi marcado pelas *concessões* (o modelo absenteísta, a despeito de assumir algumas atividades econômicas infraestruturais, não tendia a prestá-las diretamente),²⁴⁵ o Estado Social é marcado pelos *monopólios estatais*²⁴⁶

²⁴³ Endossa a afirmação o célebre pensamento de Eros Grau, para quem o serviço público é espécie do gênero “atividade econômica”, tomada a expressão em seu sentido amplo (GRAU, A ordem econômica... *op. cit.*, p. 103 e seguintes).

²⁴⁴ Os monopólios públicos são justificados por Pedro Gonçalves e Licínio Lopes: a existência de determinadas atividades necessariamente ligadas a “redes” (tais como energia elétrica e telecomunicações) denunciava sua vocação para exercício em regime de monopólio, colocando a questão de saber de quem seria sua titularidade. Na Europa, a propriedade estatal dos bens públicos de suporte a essas atividades (as redes) justificou sua assunção pelo Estado, diversamente do que ocorreu nos EUA. É por isso que, para os autores, “[...] a explicação para o fato de o Estado assumir essas novas incumbências não resulta, no início, de uma opção política ou ideológica”, mas, ao revés, a atribuição de titularidade estatal sobre tais atividades derivou da “circunstância de se tratar de atividades que usavam em larga extensão parcelas do domínio público ou que estavam associadas ao estabelecimento e instalação de infraestruturas de natureza pública” (GONÇALVES; LOPES, Os Serviços Públicos... *op. cit.*, p. 176).

²⁴⁵ Daí a explicação de Pedro Gonçalves e Licínio Lopes: “Na época liberal, a concessão surgiu como um instrumento estratégico, quer sob o ponto de vista ideológico, quer sob o ponto de vista

na prestação de serviços públicos, assumindo direta e exclusivamente a prestação de serviços públicos nos setores de infraestrutura.

Pondera Pippo RANCI, assim, que “o serviço público foi percebido por muito tempo como um serviço pertencente, por sua natureza e por força de lei, a um contexto monopolístico”.²⁴⁷ No Brasil, consoante afirma Alexandre ARAGÃO, os serviços públicos foram tradicionalmente concebidos como “atividades exógenas à livre-iniciativa, e, conseqüentemente, à concorrência, pressupondo-se via de regra apenas um prestador, fosse ele o próprio Estado [...] ou um delegatário seu”.²⁴⁸ No mesmo senso, assevera Floriano de Azevedo MARQUES NETO que “durante muito tempo à noção de serviço público correspondeu a ideia de exploração exclusiva, ou impropriamente, monopólio estatal. Na base dessa noção estavam fatores ideológicos, jurídicos e econômicos”.²⁴⁹ Prossegue o autor:

Ideologicamente, havia a concepção de que a natureza da atividade que predicava sua eleição à condição de serviço público envolvia tal monta de interesses públicos que interditava sua exploração em regime de mercado, sujeitos ao abalo da exploração competitiva. Juridicamente a ideia de exploração exclusiva pelo Estado decorria da visão de que tendo o Estado, mediante lei, feito recair sobre uma atividade o regime de direito público, impossível seria fragilizar este regime especial, ensejando a oportunidade de esvaziar tal incidência regulatória pela via de competição com outros atores a ela não sujeitos.²⁵⁰

E conclui:

Firmou-se então o entendimento de que, uma atividade considerada serviço público, restava interdita a existência de diversos operadores a oferecê-la em regime de competição. [...] Confundia-se o efeito da subordinação da atividade ao regime de direito público, com a retirada dessa atividade do domínio econômico. [...] ao se considerar uma atividade um serviço público

econômico-financeiro”, na medida em que o Estado, ao mesmo tempo em que satisfazia as novas necessidades criadas pela industrialização, preservava os valores liberais de abstenção estatal, e conseguia construir grandes infraestruturas sem violentar as “Leis de mercado” e sem custos ao Erário (GONÇALVES; LOPES, Os Serviços Públicos... *op. cit.*, p. 234-235).

²⁴⁶ Autores há, como Eros Grau, que preferem falar em *privilégios de exclusividade estatal* no campo dos serviços públicos, para diferenciar a *publicatio* derivada do regime jurídico dessas atividades do autêntico monopólio, que para o autor somente existe, no campo público, no que tange às atividades econômicas em sentido estrito prestadas pelo Estado – a exemplo do petróleo, art. 177 da Constituição (GRAU, A ordem econômica... *op. cit.*, p. 140-141).

²⁴⁷ RANCI, Pippo. Concorrenza e Servizi Pubblici nella Costituzione. In: CANANEA, Giacinto dela; NAPOLITANO, Giulio (Org.). **Per una nuova Costituzione Economica**. Bolonha: Il Mulino, 1998, p. 34.

²⁴⁸ ARAGÃO, Direito dos Serviços públicos... *op. cit.*, p. 389-390.

²⁴⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, n. 1, fev./abr. 2005. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 1 jul. 2013, p. 8.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 9.

sua exploração tornava-se uma *res extra commercio*, uma atividade imune à exploração econômica. Daí porque a atividade, titularizada pelo poder público, ficava interdita à exploração por mais de um operador e muito menos em competição por quem a quisesse explorar em regime de mercado.²⁵¹

A correlação, quase automática, era essa: porque uma atividade era considerada essencial (quer do ponto de vista social, quer econômico), operava-se sua qualificação como serviço público, fazendo-se recair sua titularidade com exclusividade ao Estado, que a deveria prestar diretamente, em situação de monopólio. Serviço público e monopólio/exclusividade eram, portanto, realidades umbilicalmente relacionadas, refletindo em larga medida o pensamento tradicional, de acordo com o qual a criação de um monopólio de exploração era um grande indício da presença de um serviço público.²⁵²

Ocorre que, em fins da década de 70 e início da década de 80 do séc. XX, há novas – e profundas – alterações no perfil da atuação estatal na ordem econômica (e, por consequência, na prestação de serviços públicos).²⁵³ Com o agigantamento massivo do Estado no período do pós-guerra, notou-se que o Estado Social que tudo prestava, tudo garantia e em tudo intervinha, não teria condições materiais de sobreviver sem comprometer seriamente a eficiência da prestação de serviços à população (que era, afinal, um dos elementos legitimadores de sua razão de ser). Esse Estado Social, portanto, passa por um *overload*²⁵⁴ e começa a entrar em declínio, por vários fatores (aumento do déficit público, ineficiência da gestão, etc.) e, para superá-la, uma das medidas tomadas na Europa foi a *liberalização* (ou seja, a *privatização* em sentido estrito)²⁵⁵ das atividades qualificadas como serviços públicos.

²⁵¹ *Ibidem, idem.*

²⁵² JÉZE, Principios generales... *op. cit.*, tomo II, p. 23. Não se olvida, evidentemente, a existência de monopólios estatais em setores não considerados como de serviços públicos, como é o caso, atualmente, do setor petrolífero.

²⁵³ A afirmação é endossada por Floriano Marques Neto, para quem as transformações na regulação estatal sobre o domínio econômico se “relacionam simbioticamente” com a transformação dos serviços públicos (MARQUES NETO, A nova regulação dos serviços públicos... *op. cit.*, p. 18).

²⁵⁴ GONÇALVES, Pedro. **Regulação, Electricidade e Telecomunicações**: estudos de Direito Administrativo da Regulação. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 7.

²⁵⁵ A expressão “privatização” é polissêmica e pode se referir a situações diversas. A palavra possui ao menos dois significados básicos: (i) privatização imprópria, quando envolve somente a passagem da execução da atividade à iniciativa privada, com manutenção da titularidade estatal (hipóteses de outorga de serviço público); (ii) privatização própria, também chamada de privatização em sentido estrito: quando envolver a passagem da titularidade da atividade, do Estado à iniciativa privada (como ocorreu no Brasil no caso das companhias CSN e VALE). Sobre o tema da privatização, aprofundar em: OTERO, Paulo. Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública. In: **Os**

De acordo com Tomás Ramón FERNÁNDEZ, foi a convergência de três fatores (econômico, ideológico e tecnológico) que explicou o movimento de liberalização e privatização dos serviços públicos europeus, numa combinação semelhante àquela que, preteritamente, havia induzido à publicização das mesmas atividades.²⁵⁶ Gaspar ARIÑO ORTIZ, ao analisar o fenômeno, afirma que a crise do modelo de Estado Social se manifestou em duas vertentes: a crise da empresa pública como instrumento de gestão da economia, e a crise do serviço público tradicional como atividade reservada ao Estado.²⁵⁷ É por isso que, para Juan Carlos CASSAGNE, os processos de transformação do Estado, com a reversão do estatismo, “responderam mais às exigências da realidade do que às ideologias”.²⁵⁸

Com apoio filosófico no princípio da subsidiariedade,²⁵⁹ herança da Doutrina Social da Igreja Católica, o Estado passou a transferir, com vistas à eficiência administrativa, diversas atividades à iniciativa privada. A crise fiscal mundial, acentuada na década de 80 do séc. XX, foi outro grande elemento responsável pela nova guinada, oficializando o discurso da insuficiência (e ineficiência) do Estado Social em cumprir com todas as metas que prometia. Iniciou-se em diversos países, a partir de então, um amplo processo de desestatização/privatização, instaurado com o intento de retirar do Estado tantos fardos quantos fossem possíveis, a fim de

Caminhos da Privatização da Administração Pública. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 36-43; MORENILLA, La actividad... *op. cit.*, p. 57-62; ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de Derecho Público Económico.** 3.ed. Granada: Comares, 2004, p. 503 e seguintes; MARQUES, Maria Manuel Leitão; SANTOS: António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito Económico.** 5. Ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 159-163.

²⁵⁶ Histórico sobre o papel interventor do Estado (notadamente na Economia) é realizado, v.g., em: LAUBADÉRE, Direito Público Económico, *op. cit.*, p. 35 e seguintes; MOREIRA, Auto-Regulação... *op. cit.*, p. 17 e seguintes; AVELÁS NUNES, A.J. **Os Sistemas Económicos.** Coimbra: Almedina, 1997, p. 177 e seguintes; PASTOR, Javier Viciano. **Libre competencia y intervención en la economía.** Valência: Tirant lo Blanc, 1995, p. 37 e seguintes. Em âmbito nacional, um bom esboço histórico pode ser extraído de: AGUILLAR, Direito Económico... *op. cit.*, p. 80-197; ARAGÃO, Direito dos Serviços públicos... *op. cit.*, p. 25-71.

²⁵⁷ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. La Liberalización de los servicios públicos en Europa: hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia. In: ARIÑO ORTIZ, Gaspar; CASSAGNE, Juan Carlos. **Servicios Públicos, Regulación y Renegociación.** Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005, p. 12 e seguintes.

²⁵⁸ CASSAGNE, La Intervención Administrativa, *op. cit.*, p. 108-110.

²⁵⁹ Sobre o princípio da subsidiariedade, aprofundar em: GABARDO, Interesse Público... *op. cit.*; TORRES, Sílvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001; GONÇALVES, Vania Mara Nascimento. **Estado, Sociedade Civil e Princípio da Subsidiariedade na era da Globalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

manter sob sua responsabilidade somente as atividades assim consideradas como realmente essenciais.²⁶⁰

Na Comunidade Europeia, berço do fenômeno,²⁶¹ a política de liberalização implicou o desmantelamento dos monopólios públicos, a transferência *da titularidade* dos serviços à iniciativa privada²⁶² e a adoção de medidas para eliminação de condicionamentos administrativos excessivamente burocráticos que impedissem ou dificultassem a instauração da livre iniciativa e concorrência, sendo que a privatização estendeu-se para vários setores antes explorados monopolisticamente pelo Estado.

A Inglaterra, então sob o governo de Margareth Thatcher, foi pioneira na implementação de políticas visando à transferência das atividades estatais a particulares, num profundo programa nacional de desburocratização da administração pública, com caracteres amplamente gerenciais. O novo formato estatal, denominado por muitos de Estado Regulador²⁶³ e dotado de uma Administração Pública Gerencial em contraponto à anterior Administração Burocrática, espalha-se pelo mundo a partir da década de 80 do século passado, quando vários países tentam implementá-lo para superar suas crises internas.²⁶⁴

Sobre o tema, pondera Dinorá GROTTI:

A partir da década de oitenta (na Grã-Bretanha dez anos antes), a discussão sobre o serviço público reaparece na esteira de um amplo processo de privatização e de liberalização de alguns dos principais setores da economia, antes submetidos quase exclusivamente ao monopólio estatal

²⁶⁰ Na América Latina, Juan Carlos Cassagne afirma que o processo teve configuração similar, e foi engendrado por causas semelhantes: o flagelo da inflação, o endividamento externo, o aumento da burocracia estatal e a ineficiência, etc. (CASSAGNE, *La Intervención... op. cit.*, p. 109).

²⁶¹ Não se pode considerar os Estados Unidos da América como o berço do fenômeno de liberalização: lá o Estado nunca foi titular absoluto e prestador exclusivo das atividades qualificadas como serviços públicos (ou *public utilities*, na nomenclatura estadunidense). Os EUA nunca chegaram a possuir, portanto, um modelo estatizado de prestação de serviços públicos, pelo que esse país não foi o berço do fenômeno liberalizante, e sim, quiçá, sua inspiração.

²⁶² É essa a afirmação de GONÇALVES; LOPES, *Os Serviços Públicos... op. cit.*, p. 180. Tratou-se, portanto, de uma privatização em sentido estrito, de sorte que as atividades públicas foram deslocadas do Estado para o Mercado.

²⁶³ Utilizam essa denominação, por exemplo: MAJONE, Giandomenico. **La Communauté Européenne: un État Régulateur**. Paris: Montchrestien, 1996; LA SPINA, Antonio; MAJONE, Giandomenico. **Lo Stato Regolatore**. Bolonha: Il Mulino, 2000; no Brasil: MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade**. São Paulo: Singular, 2006.

²⁶⁴ Foi o caso do Brasil, principalmente durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, com a implementação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo então Ministro da Administração e Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser Pereira, que intentou realizar a denominada "Reforma Gerencial".

ou à disciplina da regulação. A desestatização veio acompanhada de um novo modelo de regulação para a competição.²⁶⁵

Nessa nova formatação, o Estado vai deixando de atuar *diretamente* no campo econômico e no campo social – como fazia o Estado Social, mediante a prestação de serviços públicos ou exercício de atividade econômica –, para privilegiar uma metodologia de intervenção *indireta*, inevitável em razão da importância da atividade em questão: a regulação.²⁶⁶ Ora, considerando-se que diversas das tarefas privatizadas – notadamente aquelas qualificáveis como serviços públicos – continuam a ser necessidades básicas essenciais aos cidadãos, é evidente que, mesmo com a liberalização, continua-se a exigir uma disciplina jurídica pública dessas atividades, uma regulação pública específica a ser feita pelo Estado, que assume, se não mais uma responsabilidade de prestação ou de execução direta, uma nova responsabilidade perante a atividade, a “responsabilidade de regulação”,²⁶⁷ direcionada a disciplinar o modo como os agentes privados vão prestar os serviços.

Na Comunidade Europeia pós-liberalização a regulação traduz, assim, a “pedra de toque do novo modelo de intervenção pública”,²⁶⁸ está na raiz do processo de transformação do Estado e assume papel de grande transcendência no plano das relações entre o Estado e os atores do Mercado.²⁶⁹ Regular é o método de atuação principal desse “novo Estado”, que deixa de prestar diretamente (e monopolisticamente) serviços públicos à população, mantendo-se na posição de regulador e fiscalizador da prestação acometida aos particulares. Tamanha a importância do fenômeno regulatório nos dias atuais que autores como Pedro

²⁶⁵ GROTTI, O Serviço Público... *op. cit.*, p. 69. A autora apresenta sua análise histórica na sequência (*ibidem*, p. 72 e seguintes).

²⁶⁶ Sobre a atividade de regulação, aprofundar em: MOREIRA, Auto-Regulação... *op. cit.* p. 34 e seguintes; GONÇALVES, Regulação, Electricidade e Telecomunicações... *op. cit.*, p. 7-67; SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2008; JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 15 e seguintes; MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo Contemporâneo e a Intervenção do Estado na Ordem Econômica. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (coord.). **Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 257-281; ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 23 e seguintes.

²⁶⁷ GONÇALVES; MARTINS, Os Serviços Públicos... *op. cit.*, p. 182.

²⁶⁸ GONÇALVES, Regulação, Electricidade e Telecomunicações..., *op. cit.*, p. 12. Prossegue o autor, adiante na mesma obra: “Em traços gerais, essa intervenção consiste, por um lado, na definição das condições (normativas) de funcionamento das actividades reguladas, no cumprimento de uma função de ‘orientação de sistema’, e, por outro lado, no controlo da aplicação e observância de tais condições e na punição das infracções não criminais dos regulados” (*Ibidem*, p. 15).

²⁶⁹ CASSAGNE, El servicio público en el campo... *op. cit.*, p. 75.

GONÇALVES²⁷⁰ e Egon Bockmann MOREIRA apontam a existência de um autêntico “Direito da Regulação Econômica”, este último definindo-o como o “conjunto de ações jurídicas que visam a estabelecer parâmetros de conduta econômica em determinado espaço-tempo”.²⁷¹

É nesse cenário de “fúria privatizadora da Administração Pública”²⁷² que emergem, por exemplo, as afamadas Agências Reguladoras, modelo surgido nos Estados Unidos da América com as *Independent Agencies*.²⁷³ Desponta como essencial, em tal panorama, a caracterização da regulação estatal enquanto forma racional de ordenação dos diversos setores de interesse econômico e social. Por meio da regulação, o Estado (ente regulador) passa a orientar a política a ser aplicada às áreas que careçam de maiores cuidados, intervindo sempre que necessário para assegurar a estrita observância do interesse público (primário)²⁷⁴ supremo.

Como já está evidente, um dos campos mais sensíveis à intervenção estatal regulatória é o dos serviços públicos.²⁷⁵ A grande intenção dessa nova modelagem estatal, aqui, foi promover a abertura dos setores passíveis de exploração econômica (destacadamente os de infraestrutura), retirando-se da incumbência de prestar os serviços diretamente e instaurando concorrência privada (regulada), o que – em tese – proporcionaria melhoras na prestação dos serviços e, conseqüentemente, no atendimento à população.²⁷⁶

²⁷⁰ GONÇALVES, Regulação, Electricidade e Telecomunicações..., *op. cit.*, p. 25-26.

²⁷¹ MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do Direito da regulação no Brasil?, p. 4. O texto nos foi gentilmente fornecido pelo autor. A versão publicada pode ser conferida in: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, A. (orgs.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014, p.107-139.

²⁷² A expressão é de: OTERO, Coordenadas... *op. cit.*, p. 35.

²⁷³ Sobre as Agências Reguladoras, aprofundar, na doutrina nacional: JUSTEN FILHO, O Direito das Agências... *op. cit.*; ARAGÃO, Agências Reguladoras e a Evolução... *op. cit.*

²⁷⁴ Conforme classificação de Renato Alessi: ALESSI, Renato. **Sistema Istituzionale Del Diritto Amministrativo Italiano**. 2ª ed. Milão: Giuffrè, 1960, p. 197.

²⁷⁵ Aduz Bernardo Guimarães ser “evidente a relação da regulação com a ideia de serviço público”, visto que, “no campo dos serviços públicos, cuja execução é franqueada à iniciativa privada, regulação é (melhor, deve ser) garantia do atendimento dos fundamentos mesmos que legitimam a instituição de uma atividade como sendo da iniciativa do Estado. Regulação, nesse âmbito, vincula-se com a oferta de prestações à coletividade de modo adequado” (GUIMARÃES, Da Regulação... *op. cit.*, p. 86).

²⁷⁶ Evidentemente, a concorrência somente poderá ser estabelecida em atividades que a comportem. Em certos casos, não há como se promover a concorrência em virtude dos chamados “monopólios naturais”, situações em que, pela própria natureza da atividade, é economicamente mais viável manter um regime de caráter monopolista. No entanto, nos casos em que o serviço puder ser prestado em cadeia (como é o caso dos serviços de matiz energética), ainda assim é possível o estabelecimento da concorrência nos segmentos em que o monopólio não se justificar, mediante

Sobre o tema, VILLAR ROJAS anota que a principal consequência da privatização de serviços públicos é a sua reordenação jurídica, na medida em que é muito complexo “passar de uma situação de planificação pública e monopólio legal, de falta de mercado, a outra de livre concorrência e livre eleição pelo usuário”.²⁷⁷ E resume afirmando que

[...] a privatização supõe uma redução do que seja serviço público, mas também sua jurisdicização (regulação). Paralelamente, a privatização evidencia que o serviço público (redefinido como soma de serviço universal e de obrigações de serviço público) não pode ser vendido e que seu funcionamento precisa de uma nova regulação.²⁷⁸

Conforme afirmam Pedro GONÇALVES e Licínio LOPES, esse novo modelo europeu de Estado Regulador não representou, assim, a renúncia do Estado face às atividades correspondentes aos serviços públicos, agora privadas por força da privatização; ao contrário: a lógica do mercado é temperada pela presença do Estado na posição de supervisor e fiscalizador do cumprimento de requisitos, garantidor inclusive do cumprimento, pelo próprio mercado, de fins de natureza social²⁷⁹ – afinal, ainda que o serviço público tenha sido liberalizado, remanescem suas notas de atendimento a necessidades coletivas básicas, que reclamam intervenção estatal em prol da securitização dos interesses dos cidadãos.

No mesmo senso, ARIÑO ORTIZ:

[...] não quer dizer que estejamos ante uma atividade “livre”, como qualquer outra atividade industrial ou comercial. As atividades de interesse econômico geral seguem sendo “essenciais” [...] e justamente por isso são e seguirão sendo sempre “atividades reguladas”. Mas a regulação, agora, não vem para substituir ao mercado, senão para torna-lo possível, para recriá-lo. É uma “regulação para a concorrência”.²⁸⁰

Para o autor, o processo de privatização implica uma mudança de tarefas, de papéis, entre Estado e sociedade, de modo que “de economias fechadas, presididas por uma empresa pública protegida e uma empresa privada subsidiada,

utilização de técnicas como a desagregação vertical (*unbundling*), combinada com o compartilhamento de infraestruturas (*essential facilities*).

²⁷⁷ VILLAR ROJAS, Francisco José. Privatización de Grandes Servicios Públicos. In: **Os Caminhos da Privatização da Administração Pública**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 215.

²⁷⁸ *Ibidem, idem.*

²⁷⁹ GONÇALVES; MARTINS, Os Serviços Públicos... *op. cit.*, p. 180-183. A regulação social é, no regime europeu, alcançada mediante imposição de obrigações de serviço público e de serviço universal. (cf.: *ibidem*, p. 197-224).

²⁸⁰ ARIÑO ORTIZ, La Liberalización... *op. cit.*, p. 15.

passou-se a economias de iniciativa privada e de livre mercado, abertas progressivamente ao investimento e à concorrência [...]”.²⁸¹ A reforma, assim, deve consistir em introduzir mais competição nos aspectos ou atividades onde for possível e revisar ou reformar o sentido da regulação, orientando-a à recriação do mercado, de modo que a regulação não existe para substituir o mercado, e sim para torná-lo possível.²⁸² Noutra oportunidade reflete, de forma ímpar:

[...] a essência da mudança no conceito e regime do serviço público consiste na passagem de um sistema de titularidade pública sobre a atividade, concessões fechadas, direitos de exclusividade, obrigações de fornecimento, preços administrativamente fixados, caráter temporal [...] e regulação total da atividade, até os mínimos detalhes, para um sistema aberto, presidido pela liberdade de empresa, isto é, liberdade de entrada (prévia autorização regulada), com determinadas obrigações ou cargas de “serviço universal” (trata-se de um serviço de interesse geral, essencial à população), mas com liberdade de preços e modalidades de prestação, com liberdade de investimento e amortização e, definitivamente, em regime de concorrência aberta [...]. Portanto, a mudança fundamental consiste na *despublicatio*: as atividades do novo serviço público não são mais de titularidade estatal e sim de iniciativa privada. No entanto, tais atividades são de *responsabilidade estatal* na medida em que suas prestações em um determinado nível deve chegar a todos os cidadãos (o serviço universal).²⁸³

Tratando especificamente do setor elétrico, Pedro GONÇALVES afirma que “[...] do mesmo modo que, ao longo de todo o século XX e por toda a Europa, a *dependência da rede* explicou e justificou o monopólio público, agora aquela mesma circunstância explica, justifica e reclama uma regulação pública; regulação que visa a garantia da abertura da rede a terceiros”.²⁸⁴

Esse fenômeno foi bem compreendido por Maria Manuel Leitão MARQUES *et. al.*, para quem “o objetivo atual da regulação é sobretudo a criação de uma estrutura de mercado que permita manter a concorrência”.²⁸⁵ Em outra obra, afirma, com Vital MOREIRA, que “a economia de mercado, embora baseada na iniciativa

²⁸¹ *Ibidem*, p. 9.

²⁸² *Ibidem*, p. 15; 21.

²⁸³ ARIÑO ORTIZ, Príncípios de Derecho... *op. cit.*, p. 609-610.

²⁸⁴ GONÇALVES, Pedro. As concessões no sector elétrico. *In: Temas de Direito da Energia*, Coimbra, n. 3, 2008, p. 191.

²⁸⁵ MARQUES, Maria Manuel Leitão; ALMEIDA, João Paulo Simões de; FORTE, André Matos. Regulação Sectorial e Concorrência. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2005, p. 189. Isso após reconhecerem que “Aparentemente, regulação setorial e regras de defesa da concorrência visam objetivos diferentes e até opostos. [...] Contudo, a realidade não é assim tão linear. Primeiro, porque há formas de regulação que não afetam a concorrência. Depois, porque a regulação também pode servir para promover a concorrência” (*ibidem*, p. 187-188).

privada e na concorrência, depende primordialmente da regulação pública”.²⁸⁶ Nessa aproximação, a instauração do regime concorrencial nos serviços públicos representa, na Europa, uma “economia de mercado construída a golpes de regulação”.²⁸⁷

A quebra dos antigos monopólios estatais, com consequente abertura à concorrência privada regulada, é, portanto, uma das marcas mais evidentes e contundentes da passagem paradigmática do modelo de Estado Social para o modelo Regulador. Com a retirada do Estado da prestação direta dos serviços públicos e a consequente extinção dos clássicos monopólios estatais em setores infraestruturais, a política regulatória estatal passou a privilegiar a abertura setorial à concorrência privada, regulando-a de modo a garantir a observância do regime jurídico mais adequado para a prestação das atividades que, qualificáveis como serviços públicos, denotam amplo interesse público em sua concretização.

Na doutrina brasileira (mas tratando do fenômeno em escala mundial), afirma Marçal JUSTEN FILHO que a intenção da reforma foi “evitar que o Estado (ou um agente privado) valha-se da posição de monopólio para prestar atividades mais inadequadas e onerosas do que seria possível”, de modo que “a melhor alternativa é reduzir a intervenção estatal e ampliar os mecanismos de competição, que são o instrumento mais satisfatório para produzir eficiência”.²⁸⁸ Com isso, a questão deixa de apresentar contornos políticos, e passa a assumir contornos econômicos.²⁸⁹

Assenta MARQUES NETO que “a maior transformação neste cenário parece ser mesmo a introdução da competição em um mesmo serviço com distintas incidências regulatórias”, tratando-se de um “novo traço da regulação dos serviços públicos cuja ideia nuclear é a de incentivar a concorrência nestas atividades”.²⁹⁰

²⁸⁶ MOREIRA, Vital; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **A mão visível: mercado e regulação**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 5. O livro contém uma coletânea de artigos publicados individualmente por seus coautores; a passagem citada, no entanto, foi extraída da Introdução, escrita a quatro mãos.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 6.

²⁸⁸ JUSTEN FILHO, Teoria Geral das Concessões... *op. cit.*, p. 38.

²⁸⁹ *Idem*, p. 37. Sobre o tema também se pronunciou Alexandre Nester, afirmando que a partir da década de 90 do século passado, estabeleceu-se no Brasil um novo paradigma, direcionado à abertura do mercado à livre iniciativa e à competição. Nesse ideário, segundo o autor, não se coadunam as antigas ideias de monopólio e reserva de mercado: a ideia de livre iniciativa tornou-se a propulsora da economia e do novo papel do Estado como agente planejador, fomentador, fiscalizador e coibidor das anormalidades do mercado – a daí porque, no novo modelo, ampliam-se os campos para atuação regulatória do Estado (NESTER, Alexandre Wagner. A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos Paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 461).

²⁹⁰ MARQUES NETO, A nova regulação dos serviços públicos... *op. cit.*, p. 23.

Fernando Herren AGUILLAR anota nesse ponto que “há uma profunda transformação do regime jurídico da prestação dos serviços públicos, na medida em que se introduz a técnica de *regulação pela concorrência*, que exige a presença do Estado e não sua omissão”.²⁹¹ É também esse o entendimento de Ana Maria de Oliveira NUSDEO, ao afirmar que “em geral, não se passa diretamente de uma política de regulação à liberação total das atividades”, de modo que paradoxalmente trata-se de “criar espaço para a concorrência mesmo em setores regulados”, o que conduz à “convivência entre regulação e concorrência”.²⁹²

Sobre o tema, confira-se ainda o posicionamento de Alexandre Santos de ARAGÃO, para quem

[...] não apenas no âmbito dos serviços públicos, mas *a fortiori* na sua seara, a concorrência não é um valor em si, constituindo, outrossim, um instrumento da realização mais perfeita possível dos objetivos dos serviços públicos. A concorrência só será legítima enquanto atingir estes objetivos. [...] Em outras palavras, se deve proceder a abertura à iniciativa privada sempre que a concorrência ensejar uma satisfação destas necessidades de maneira melhor ou pelo menos igual à que propiciaria a prestação dos serviços públicos em regime não-concorrencial.²⁹³

Assim, na dicção do autor,

[...] se sempre existiu e continua existindo regulação de serviço público, a inserção de mecanismos concorrenciais alterou significativamente o seu substrato e o espírito que a anima, com incontornáveis reflexos na interpretação das suas regras e na forma de aplicação dos paradigmas tradicionais das delegações de serviços públicos.²⁹⁴

Trata-se da fundamental noção de *concorrência-instrumento*, bem traduzida por Maria João Pereira ROLIM:

A concorrência como fundamento da ordem econômica somente se justifica à medida que trazer benefícios para o consumidor e servir como um valor-meio, ou seja, um instrumento de realização de uma política econômica cujo escopo principal seja o de estimular todos os agentes econômicos a participarem do desenvolvimento do País como um todo.²⁹⁵

²⁹¹ AGUILLAR. Direito Econômico... *op. cit.*, p. 281. Grifou-se.

²⁹² NUSDEO. Ana Maria de Oliveira. Agências Reguladoras e Concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 162

²⁹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e Concorrência. In: **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, abr./jun. 2003, p. 70-71.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 62.

²⁹⁵ ROLIM, Maria João Pereira. **Direito Econômico da Energia Elétrica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 206.

Nessa aproximação, a concorrência aparece como instrumento da política regulatória estatal, com o mote de eliminar os malefícios do antigo regime monopolístico e como forma de potencialização da eficiência na prestação de serviços públicos. É por isso que, para Juan Carlos CASSAGNE, a chave para se compreender as transformações operadas está na abdicação da intervenção estatal progressiva e na afirmação da outros princípios jurídicos fundamentais, como a concorrência.²⁹⁶

Pelas razões expostas acima, passou-se a falar que a crise do Estado Social importou por consequência uma suposta *crise dos serviços públicos*, porquanto a realidade de sua prestação (pela iniciativa privada) não condizia com a doutrina que até então descrevia seus contornos jurídicos – a qual, como visto, defendia a correlação automática entre titularidade estatal (na Europa, rompida), exclusividade na prestação (substituída pela concorrência), e até mesmo submissão ao regime de direito público (superada pela possibilidade de convivência entre prestadores submetidos a regime público e privado, em prol da concorrência).

Isso fez com que autores do porte de José VILLAR ROJAS e Gaspar ARIÑO ORTIZ sustentassem inclusive a necessidade de se enterrar o conceito tradicional francês de serviço público, ante sua imprestabilidade aos dias atuais. A afirmação de VILLAR ROJAS, tornada famosa na pena de Gaspar ARIÑO ORTIZ, merece transcrição:

O serviço público é merecedor de um grande elogio já que foi um instrumento de progresso e também de socialização, especialmente nos estados pobres, a quem permitiu melhorar a situação de todos. Mas seu ciclo terminou. Cumpru sua missão e hoje – como diz JOSÉ LUIS VILLAR – é necessário dar-lhe um digno enterro. É inútil empenhar-se em embalsamá-lo, como tentam os franceses, como se dessa forma pudéssemos mantê-lo vivo. A situação hoje é outra, quase inversa. São os fatos que mandam, mais que a ideologia ou a política, e hoje mudaram radicalmente os pressupostos econômicos e sociais – também os políticos e culturais – sobre os quais essa instituição nasceu e se desenvolveu felizmente.²⁹⁷

O autor remata:

A consequência é que o velho conceito de serviço público – monopolístico, igualitário, de mínimos, uniforme – não mais atende as necessidades e as preferências da população a que se diz servir. Deve-se, hoje, abrir caminho

²⁹⁶ CASSAGNE, La Intervención... *op. cit.*, p. 108.

²⁹⁷ ARIÑO ORTIZ, Principios... *op. cit.*, p. 600.

a novas realidades, mais competitivas, diferenciadas e inovadoras, que são as que a nova realidade social demanda; deve-se desideologizar a polícia econômica, melhorar os serviços e as prestações. [...] Isso exige um novo conceito de serviço público e um novo modelo de regulação econômica.²⁹⁸

De outra banda, autores como Juan Carlos CASSAGNE criticam a ideia de “crise”, e preferem falar em *evolução* do conceito, tendo em vista sua adaptação frente às transformações da realidade.²⁹⁹ Afirma o autor:

[...] abandonou-se a concepção global e ampla do serviço público para refugiar-se em um conceito mais restrito, ainda que de maior precisão jurídica. Trata-se de limitar o serviço público às atividades que satisfazem necessidades primordiais ou essenciais dos habitantes por meio de prestações de natureza econômica, antecedida de declaração legislativa.³⁰⁰

Acompanham este entendimento Pedro GONÇALVES e Licínio LOPES, para os quais a nota subjetiva do conceito de serviço público vem sendo preterida por força do movimento de liberalização, de modo que a *publicatio* já não é mais um elemento essencial do conceito. A crise da noção de serviço público na Europa das décadas de 80 e 90 foi, sobretudo, uma crise do serviço público em sentido subjetivo, enquanto tarefa ou atividade econômica de titularidade estatal. A despeito disso, permanece a ideia de que certas atividades econômicas, por sua importância aos cidadãos, devem ser sujeitas à regulação estatal, que imponha um regime jurídico especial para a prestação de ditas atividades. A liberalização pode então ser considerada um ataque à noção subjetiva de serviço público, mas não à sua noção material e (em menor medida) formal, também configuradoras do conceito clássico do instituto.³⁰¹

Argumentam GONÇALVES e LOPES que o processo de liberalização europeu fez surgir uma “nova semântica” ao clássico conceito de serviço público, em que se destacam as noções de “serviço de interesse econômico geral”,³⁰² “serviço

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 601. O autor propõe uma nova qualificação jurídica para as atividades que deixaram de ser serviços públicos, chamando-as de *atividades neoreguladas*, e que possuem duas características: (i) são atividades de titularidade privada, e não mais pública (*despublicatio*); (ii) são atividades submetidas à regulação estatal, mas não à tradicional regulação econômica das atividades privadas regulamentadas, senão a um *novo sentido da regulação para a concorrência*, que merece inclusive uma denominação nova (*Ibidem*, p. 641).

²⁹⁹ CASSAGNE, La Intervención... *op. cit.*, p. 33.

³⁰⁰ CASSAGNE, Juan Carlos. **Estudios de Derecho Público**. Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 99.

³⁰¹ GONÇALVES; MARTINS, Os Serviços Públicos... *op. cit.*, p. 186.

³⁰² Trata-se das “atividades de serviços, comerciais, consideradas de interesse geral pelas autoridades públicas e, por esse motivo, sujeitas a obrigações específicas de interesse público” (*Ibidem*, p. 199).

universal”³⁰³ e “obrigações de interesse público”,³⁰⁴ que representam uma ruptura com o Estado Social, ao mesmo tempo em que “indicam um compromisso público com determinados aspectos do modelo social e de organização econômica que esteve na origem da própria ideia de serviço público e de intervenção do Estado na economia”.³⁰⁵ Assim, o processo de liberalização não significou uma ruptura abrupta com o anterior sistema de serviços públicos, visto que a ideia essencial continua presente: as necessidades coletivas básicas ou essenciais devem continuar a ser garantidas, e a responsabilidade de garanti-las é estatal, abrangendo no mínimo o dever de assegurar a “existência das *atividades essenciais à satisfação das necessidades coletivas*”; ou seja: emerge do processo de liberalização uma *responsabilidade pública de regulação do mercado*.³⁰⁶ Sintetizam:

De fato, com o processo de privatização e de liberalização não se pretende fazer o enterro dos fins inerentes ao tradicional serviço público – a satisfação de necessidades coletivas –, mas sim que os mesmos podem ser conseguidos através das atividades privadas, isto é, através do mercado. Contudo, partindo-se do pressuposto realista de que o mercado não consegue ou não poder por só garantir ao conjunto dos cidadãos a prestação dos serviços indispensáveis [...], impõe-se a necessidade de encontrar uma nova fórmula que permita conciliar ou conjugar a prossecução daquele fim, que é o objetivo típico do clássico serviço público de titularidade da Administração, com o desenvolvimento de atividades pela livre iniciativa privada num contexto de mercado concorrencial entre os operadores.³⁰⁷

Noutra oportunidade, esta monografada, afirma Pedro GONÇALVES que o serviço universal ou as obrigações de serviço público “são assim um fator que aproxima o regime do exercício dessas atividades do tradicional regime de serviço público”.³⁰⁸ No mesmo senso, Souvirón MORENILLA sustenta que “não se trata de renunciar aos fins que os serviços públicos instrumentaram até agora (a satisfação

³⁰³ Apresentado como conceito que apela para um “conjunto de exigências de interesse geral a que devem obedecer certas atividades que, pela sua essencialidade, aferida do ponto de vista das necessidades coletivas básicas sentidas pelos cidadãos, como tal tenham sido classificadas. [...] É, digamos assim, a face visível da imposição da obrigações de serviço público”; mas o conceito apela, igualmente, para uma “limitação do âmbito amplo que a noção de serviço público recobrou [...], referindo-se apenas às prestações essenciais mínimas cujo fornecimento não pode ficar absolutamente dependente das dinâmicas do mercado, sob pena de uma atitude demissionária por parte do Estado” (*Ibidem*, p. 205-207).

³⁰⁴ Definido como “regime jurídico especial, também designado por estatuto de serviço público”, a que deve se submeter a prestação das atividades qualificadas como serviços universais. São tradicionalmente ligadas às Leis de Rolland (*Ibidem*, p. 208).

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 197-198.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 299-300.

³⁰⁷ *Ibidem*, *idem*.

³⁰⁸ GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 16-17.

de necessidades coletivas), mas que se consigam os mesmos através do mercado e da concorrência”.³⁰⁹

É justamente essa permanência que permite afirmar que, mesmo após as liberalizações europeias, o conceito de serviço público lá sobrevive, tal qual um “gato de sete vidas”,³¹⁰ não mais para identificar tarefas públicas, mas sim atividades econômicas de interesse público que, exercidas pelo Estado ou privados, devem sujeitar-se a um regime específico em razão de sua importância para a coletividade (trata-se de um relevo quase exclusivo à dimensão funcional do conceito, portanto).³¹¹

A doutrina brasileira bem compreendeu os contornos da reforma europeia. De sua parte, Dinorá GROTTI aponta que o processo de liberalização e privatização dos serviços públicos *no direito comunitário* implicou uma nova semântica ao conceito clássico do instituto,³¹² sendo que foi crucial nesse desenvolvimento a inserção das noções de *serviço de interesse geral*, *serviço de interesse econômico geral*, de *serviço universal* e de *obrigações de serviço público*. Para a autora, o “serviço universal” se apresenta como a opção atualizada e objetiva do tradicional serviço público, evitando a ligação automática do serviço ao poder público (*publicatio*) em prol da liberdade de iniciativa, e mantendo incólume o critério objetivo/material. Por isso afirma que a noção de serviço público não precisa

³⁰⁹ MORENILLA, La actividad... *op. cit.*, p. 604.

³¹⁰ A metáfora é extraída de: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. **Derecho Administrativo Económico**. Vol. II. Madri: La Ley, 1991, p. 763. Em sentido semelhante, afirma Juan Carlos Cassagne que poucas instituições suportaram tanto o peso das mudanças ocorridas no campo da econômica como o serviço público, o que ocorreu graças a sua versatilidade instrumental (CASSAGNE, El servicio público en el campo... *op. cit.*, p. 51).

³¹¹ Sobre a liberalização dos serviços públicos na Europa e o surgimento das noções de “Serviços de Interesse Econômico Geral”, “Serviço Universal” e “Obrigações de Serviço público”, cf.: GONÇALVES; MARTINS, Os Serviços Públicos... *op. cit.*, p. 187-224; GROTTI, O Serviço Público... *op. cit.*, p. 62-84; AGUILLAR, *op. cit.*, p. 346-378; REBOLLO, Luis Martín. Servicios Públicos y Servicios de Interés General: la nueva concepción y operatividade del servicio público en el derecho administrativo español. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85 e seguintes; MEDAUAR, Odete. Serviços públicos e Serviços de Interesse Econômico Geral. In: MOREIRA NETO, Uma avaliação das tendências..., *op. cit.* p. 115 e seguintes; LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis Martínez. Servicio Público, Servicio Universal y “Obligación de servicio público” en la perspectiva del derecho comunitário: los servicios esenciales y sus regímenes alternativos. In: Os Caminhos da Privatização... *op. cit.*, p. 249-278; QUADROS, Fausto de. Serviço público e Direito Comunitário. In: Os Caminhos da Privatização..., *op. cit.*, p. 279-299; ARIÑO ORTIZ, Gaspar. La liberalización de los servicios públicos em Europa... *op. cit.*, p. 35 e seguintes; ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios..., *op. cit.*, p. 624-629; ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos... *op. cit.*, p. 105 e seguintes; MORENILLA, La actividad... *op. cit.*, p. 272 e seguintes; MODERNE, Franck. La idea de servicio público en el derecho europeo: nuevas perspectivas. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Coord). **Servicio público y policia**. Buenos Aires: Universitas, 2006, p. 7-24; SÁNCHEZ, Rafael Caballero. **Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos**. Madri: INAP, 2003, p. 69 e seguintes.

³¹² GROTTI, O Serviço Público... *op. cit.*, p. 80-81.

necessariamente significar um serviço *do poder público* nem exclusivamente um *serviço para o público*.³¹³ E remata:

A adoção da *liberdade de empresa* para a prestação dos serviços de rede, transforma-os em serviços liberalizados e desonera o Poder Público de sua prestação. No entanto, na medida em que correspondem a atividades de interesse geral, ocorre a assunção, pela Administração, de uma responsabilidade-garantia, com competências especiais de regulação e de disciplina.³¹⁴

A seu turno, aduz Alexandre ARAGÃO:

A segunda crise dos serviços públicos, iniciada na década de 80 do século passado, [...] se consubstancia em um aumento da atuação da iniciativa privada na economia, com a devolução ao mercado de uma série de atividades que dele foram retiradas ao longo do século passado. Ocorre que essa devolução não se dá, obviamente, com a simples qualificação dessas atividades, muitas delas até então serviços públicos de titularidade estatal, como uma atividade privada qualquer. Os liames de tais atividades com o interesse público continuam a existir; apenas se passou a acreditar que o interesse público seria melhor atendido em regime de mercado e com a maior concorrência possível, preservada, no entanto, uma forte regulação (não mais acompanhada da titularidade estatal e do consequente título de concessão).³¹⁵

Nesse sentido, aduz Floriano de Azevedo MARQUES NETO:

Se assistimos a uma acelerada diminuição do intervencionismo direto do Estado, isso não significa dizer que, automaticamente, assistimos a uma diminuição de toda intervenção estatal no domínio econômico. [...] Paralelamente a este *intervencionismo* direto, podemos identificar outra ordem de intervenção estatal no domínio econômico, que designaríamos de *intervencionismo* indireto. Trata-se, aqui, não mais da assunção pelo Estado da atividade econômica em si, mas [...] da atuação estatal fortemente influente (por indução ou coerção) da ação dos atores privados atuantes num dado segmento da economia.³¹⁶

E prossegue:

A explicação para este fenômeno é simples. Aumenta a necessidade regulatória porque, deixando o Estado de ser ele próprio provedor do bem ou serviço de relevância social, tem ele que passar a exercer algum tipo de controle sobre esta atividade, sob pena de estar descurando de controlar a produção de uma utilidade dotada de essencialidade e relevância.³¹⁷

³¹³ GROTTI, O Serviço Público... *op. cit.*, p. 80-81.

³¹⁴ *Ibidem, idem.*

³¹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O serviço público e as suas crises. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **O Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 425.

³¹⁶ MARQUES NETO, A Nova Regulação Estatal... *op. cit.*, p. 73-74.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 75.

Por conta da excessiva vinculação do conceito a um superado modelo econômico de exploração monopolística, Carlos Ari SUNDFELD sustenta a inutilidade do velho conceito de serviço público. Como pontuado pelo autor, o conceito tradicional ficou excessivamente vinculado a um modelo econômico de exploração do serviço caracterizado pela exploração monopolista feita por empresas estatais, modelo esse que está sendo abandonado em todo o mundo. Houve uma grande mudança de enfoque: “Não se cuida mais de discutir o caráter público ou privado de certo serviço, mas sim de identificar como ele é regulado pelo Estado no tocante ao aspecto tal ou qual”.³¹⁸

É por isso que, conforme constatou Odete MEDAUAR, deve-se “pensar de modo evolutivo no tocante ao serviço público, para inserir o dado econômico, a gestão privada, a concorrência, sem abolir a presença do Estado”,³¹⁹ visto que a concepção francesa clássica não possui hoje a mesma adequação de outrora – valendo destacar, segundo a autora, que “em sua noção Duguit não associou serviço público a gestão estatal”.³²⁰

Pode-se dizer, então, que, ao menos em solo europeu, o “pêndulo do serviço público”³²¹ entrou, a partir da década de 80 do séc. XX, numa queda vertiginosa à procura de outro “hemisfério”, num fenômeno que Vital MOREIRA nominou “mercadorização do serviço público”³²² e Floriano MARQUES NETO encarou como sendo o “afastamento da ideia de serviço público como função pública [...] e sua aproximação da noção de utilidade econômica”.³²³

Resta saber, então, se e como esse pêndulo oscilou no Brasil.

³¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e Regulação Estatal. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 32-33.

³¹⁹ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno... *op. cit.*, p. 340.

³²⁰ MEDAUAR, Odete. Serviços públicos e Serviços de Interesse Econômico... *op. cit.*, p. 126.

³²¹ A expressão é de: TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. In: TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público**, v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 721-733.

³²² MOREIRA, Vital. Regulação Econômica, Concorrência e Serviços de Interesse Geral. In: MOREIRA, Vital. Estudos de Regulação Pública... *op. cit.*, p. 551.

³²³ MARQUES NETO, Floriano. A nova regulação dos serviços públicos... *op. cit.*, p. 24.

2. A MUTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL E SEUS IMPACTOS NA NOÇÃO DE AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA: O SURGIMENTO DAS “AUTORIZAÇÕES REGULATÓRIAS”

A onda de liberalizações europeias ganhou a força de um verdadeiro *tsunami*, atingindo diversos países mundo afora. E o Brasil não passou imune. O objeto do presente capítulo é, portanto, tentar explicar como ocorreu o processo de mutação dos serviços públicos acima visto em solo nacional e, a partir daí, demonstrar como emergiram as “novas autorizações” enquanto instrumentos de habilitação do particular para o exercício de atividades econômicas de titularidade pública, de caráter infraestrutural.

Frise-se que os setores de infraestrutura foram um dos focos (senão o principal) do processo de reforma que culminou na derrocada dos monopólios públicos e inserção de regime concorrencial regulado. Assim, as infraestruturas são o *locus* por excelência da aplicação contemporânea da técnica de regulação pública que constitui o cerne da presente pesquisa: as autorizações regulatórias.³²⁴

Não se olvida que, historicamente, a técnica concessória (concessão de serviços públicos e obras públicas) foi indissociável da construção e gestão das grandes infraestruturas públicas:³²⁵ as primeiras concessões liberais tiveram por objeto justamente a construção de obras públicas de grande vulto (ferrovias, redes

³²⁴ O conceito de infraestrutura deve ser delimitado. Egon Bockmann Moreira define juridicamente infraestrutura como: “[...] a base física sobre a qual os diversos setores econômicos irão se desenvolver e se relacionar entre si. A todo processo de crescimento econômico subjaz um conjunto de bens e serviços de base, o qual permite que os operadores promovam as suas atividades e possam atingir os respectivos objetivos. É, enfim, o suporte indispensável à fluidez dos demais setores econômicos”. (MOREIRA, Egon Bockmann. A experiência das licitações para obras de infraestrutura e anova lei das parcerias público-privadas. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. **Estudos de Direito Econômico**, volume 2. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 53). De sua parte, Thiago Marrara prefere falar em infraestruturas, no plural, dentre as quais mereceriam destaque a infraestrutura energética, infraestrutura ambiental, infraestrutura logística e infraestrutura social, sendo que essas duas últimas compreendem, respectivamente, o aparato destinado à prestação dos serviços de transporte (rodovias, mobilidade, aeroportos, etc.) e serviços públicos sociais ou de interesse público (como serviços culturais, de lazer, etc.). Para o autor, “toda e qualquer grande infraestrutura sempre assume inegável papel social, uma vez que, por seus efeitos diretos ou indiretos, condiciona o exercício de direitos fundamentais básicos pelos cidadãos.” (MARRARA, Thiago. Regulação sustentável de infraestruturas. **Revista Brasileira de Infraestrutura** - RBINF, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 95-120, jan./jun. 2012. p. 96-98). Com base nisso, entende-se razoável definir infraestrutura sob duas ópticas distintas: (i) como o conjunto de bens e instalações físicas que propiciam o desenvolvimento de atividades econômicas e/ou a prestação de atividades sociais essenciais (perspectiva estrutural); (ii) como o conjunto de atividades que, dadas suas características, são indispensáveis para o desenvolvimento da economia e/ou para concretização de necessidades coletivas básicas/essenciais (perspectiva funcional).

³²⁵ É o que concluem GONÇALVES; MARTINS, Os Serviços Públicos... *op. cit.*, p. 238. Sobre as concessões em França, cf.: BEZANÇON, Xavier. **Essai sur les contrats de travaux et de services publics**. Paris: L.G.D.J., 1996, p. 408 e seguintes.

de gás, sistemas de iluminação pública, etc.). Isso porque, ao longo do séc. XIX e no início do séc. XX, como o Estado não possuía estrutura administrativa, capitais e conhecimento técnico, a solução voltou-se para o recurso aos particulares, que construíam a obra, montavam o serviço e o exploravam, tudo com capitais próprios e “por sua conta e risco”.³²⁶

Isso ocorreu também no Brasil, durante o período do Império e da República Velha. Como bem notou Caio TÁCITO, naquela época, “a criação e expansão da rede de estradas de ferro, de portos, de energia elétrica, de serviços de transporte coletivo se realizaram satisfatoriamente mediante a concessão destes serviços”.³²⁷ A afirmação é comprovada por Jorge CALDEIRA, redator de uma exaustiva biografia do Barão de Mauá. Após afirmar ser a estrada de ferro um sonho antigo do Barão, relata que este foi tornado realidade a partir de 1835, quando uma lei do Regente Feijó “autorizou o governo a conceder favores a quem se dispusesse a construir um caminho de ferro ligando o Rio de Janeiro às províncias de São Paulo e Minas Gerais” – o projeto do Barão fora aprovado em 1852, mesmo ano em que Irineu assinava um contrato de fornecimento de iluminação a gás para as ruas do Rio de Janeiro.³²⁸

A partir da década de 30 do séc. XX, sob influência do ideário de Estado Social, principiou-se no Brasil um amplo processo de estatização dos setores infraestruturais da economia (energias, comunicações, transportes), incumbindo-se ao Estado a exploração – em caráter exclusivo – das atividades, em todas as etapas das cadeias. No entanto, no final do séc. XX, o processo de liberalização acima visto repercutiu em escala mundial, e não passou despercebido na realidade brasileira, ainda que com certo atraso de uma década. Vale reproduzir a reflexão de Floriano de Azevedo MARQUES NETO:

³²⁶ Diversos autores contemporâneos vem desconstruindo as características “típicas” ou “clássicas” das concessões (notadamente as concessões de serviço público) em busca de um novo modelo, que contemple as hodiernas feições que o instituto vem assumindo. Aprofundar em: JUSTEN FILHO, Teoria Geral das Concessões... *op. cit.*, p. 57 e seguintes; MONTEIRO, Concessão, *op. cit.*, p. 152 e seguintes; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 17 e seguintes. MOREIRA, Direito das Concessões de Serviço público, *op. cit.*, p. 108 e seguintes.

³²⁷ TÁCITO, Temas... *op. cit.*, p. 754. No mesmo passo: JUSTEN FILHO, Teoria Geral das Concessões... *op. cit.*, p. 52; ARAGÃO, Direito dos Serviços... *op. cit.*, p. 56-61.

³²⁸ CALDEIRA, Jorge. **Mauá: empresário do Império**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 247-250.

No início da década de 90, se começa a questionar tais concepções, digamos, clássicas, de serviço público. A pressão pela abertura dos mercados e o crescimento do direito concorrencial e do pressuposto da competição como benéfico para o consumidor afetaram fortemente as barreiras ideológicas à introdução da competição nos serviços públicos. Os avanços tecnológicos que tornam possível o compartilhamento de redes e viabilizam o convívio econômico de mais de um prestador se utilizando de uma mesma plataforma, reduziram fortemente as barreiras econômicas que sustentavam a necessidade de exploração monopolista destas atividades e esvaziaram o peso da escala na exploração de utilidades públicas. Faltava superar as barreiras jurídicas.³²⁹

Iniciando a superação das barreiras jurídicas, em 12 de abril de 1990 foi promulgada no Brasil a Lei nº. 8.031, que criou em solo nacional o chamado Plano Nacional de Desestatização, em plena consonância com os ventos soprados da Europa. Inicialmente tímido, o processo acentuou-se a partir de 1995, com a eleição do presidente Fernando Henrique Cardoso, e tomou corpo de duas formas principais: (i) na esfera administrativa, com a edição do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado pelo então ministro do Ministério de Administração e Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser-Pereira;³³⁰ (ii) na esfera jurídica, principalmente com as Emendas Constitucionais nº. 8 e 9 de 1995, nº. 19 de 1998, e com as Leis nº. 9.074/95, nº. 9.427/96, nº. 9.472/97, nº. 9.478/97, nº. 9.491/97 (que substituiu a supracitada Lei nº. 8.031/90), nº. 9.637/98 e nº. 9.790/98, dentre outras.

No entanto, o que é imperioso destacar neste tópico – que não à toa foi posto em apartado – é que o processo de mutação dos serviços públicos, se certamente impactou o Brasil, não possuiu aqui os mesmos contornos que teve em solo europeu.

É plenamente possível criticar a concepção dominante de serviço público no Brasil (acima retratada), partidária da concepção clássica *à la française* do instituto, que não se adequa à nossa realidade fático-normativa. Ocorre que, na tentativa de superar essa indevida importação do instituto de matriz francesa ao solo nacional, o maior perigo existente é o de a discussão recair, mais que num diálogo surdo, num diálogo cego, de modo a, partindo-se da crítica de que a doutrina tradicional

³²⁹ MARQUES NETO, a nova regulação dos serviços públicos... *op. cit.*, p. 21.

³³⁰ Sobre a Reforma Gerencial da Administração Pública brasileira na década de 90 do séc. XX, conferir as seguintes obras de Bresser Pereira: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil**. São Paulo: 34, 1996; Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. **Revista do Serviço público**, ano 47, jan./mar./abr. 1996, v. 120, nº 1. Brasília: ENAP; Do Estado Patrimonial ao Gerencial. In: PINHEIRO, WILHEIM e SACHS (orgs.). **Brasil: Um Século de Transformações**. São Paulo: Cia das Letras, 2001, p. 222-259; **Reforma do Estado para a Cidadania**. São Paulo: 34, 2002; Uma Nova Gestão para um Novo Estado: Liberal, Social e Republicano. **Revista do Serviço público**, nº 52, janeiro de 2001, p. 5-24.

importou indevidamente a noção francesa de serviço público do início do século XX, preconizar-se uma noção europeia do instituto que, dadas as peculiaridades do ordenamento jurídico brasileiro, também não pode ser importada sem os devidos ajustes.

Nessa óptica, se o conceito clássico de serviço público francês era, para o caso brasileiro, “de outro planeta”, o conceito atual de serviço de interesse econômico geral que o substituiu no direito comunitário, para o nosso ordenamento atual, igualmente o é. É por isso que a discussão não pode passar à margem da constatação de que, antes de tudo, está-se a tratar do ordenamento jurídico *brasileiro*. Dessa reflexão pode-se sacar uma importante ilação: para discutir serviço público no Brasil, deve-se partir de uma análise da noção do instituto a partir do que sobre ele dispõe o ordenamento jurídico brasileiro, de pouco ou quase nada servindo criticar a noção tendo em mente elementos que lhe são estranhos.

A premissa que deve ser adotada no presente estudo, portanto, é a de que se deve interpretar nosso ordenamento jurídico (e, em destaque, nossa Constituição) de forma autorreferente, ou seja, a partir dele mesmo, e não de dados externos. Como bem disse Almiro do Couto e SILVA, deve-se “interpretar a Constituição a partir da própria Constituição”, de sorte a buscar um “serviço público à brasileira”.³³¹ Tal constatação em nada diminui ou atenua a importância, para a doutrina brasileira, do debate acerca das mutações serviço público em solo europeu, acima analisada; apenas significa que o ponto de partida – e de chegada – deve ser, invariavelmente, as disposições do sistema jurídico pátrio.

É nessa óptica que Marçal JUSTEN FILHO afirma a necessidade de se evitar o fenômeno antropológico do “Trobriand Cricket”, que pode ocorrer com “a pura e simples introdução em nosso sistema de sofisticados institutos, gerados num ambiente cultura estrangeiro ao longo de séculos”. Por isso, afirma o autor que “nenhuma importação de instituto jurídico estrangeiro pode fazer-se sem a adaptação às características essenciais locais”, o que, do ponto de vista jurídico, significa a “necessidade de adequar o instituto estrangeiro ao perfil fundamental da ordem jurídica pátria, especialmente sob o ponto de vista constitucional”.³³² Também é esse o alerta de Alexandre ARAGÃO, para quem “a aproximação entre as

³³¹ COUTO E SILVA, Privatização no Brasil... *op. cit.*, p. 477-479.

³³² JUSTEN FILHO, O Direito das Agências... *op. cit.*, p. 286-287.

desestatizações europeias e as latino-americanas deve ser feita com cautela”, visto que aqui “não temos o pano de fundo de uma integração econômica e política”.³³³

Nessa medida, de acordo com Almiro do Couto e SILVA, “o Brasil fez com o conceito de serviço público o que a França não fez: deu-lhe rigidez normativa ao fixá-lo na Constituição, atribuindo, por essa particularidade formal, um caráter brasileiro ao conceito”.³³⁴ No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO aduz que o direito administrativo brasileiro, inspirado no direito europeu continental, especialmente francês, incorporou muitas de suas doutrinas e princípios, porém os colocou no direito positivo, de sorte que “sua base não é jurisprudencial e encontra-se quase inteiramente na Constituição”. Justamente por isso, “as inovações buscadas no direito estrangeiro nem sempre são de fácil aplicação, porque não podem escapar ao direito posto”.³³⁵

Assim, conforme Marçal JUSTEN FILHO:

Um dado extremamente significativo acerca do conceito e da identificação do serviço público, no Brasil, consiste na dimensão constitucional do problema. Essa é uma peculiaridade que diferencia o Direito brasileiro dos demais ordenamentos jurídicos. De modo geral, os países que consagram o conceito de serviço público não adotam uma solução de nível constitucional acerca do tema [...]. A situação é bastante diversa no Brasil. Ainda que a Constituição não contenha conceito explícito de serviço público, ela prevê um rol bastante amplo de serviços considerados como públicos.³³⁶

É essa, igualmente, uma das premissas hermenêuticas fixadas por Egon Bockmann MOREIRA para tratar justamente da figura da “autorização” recentemente instituída em um setor infraestrutural – o de portos. Após anotar ser um problema “pretender aplicar a interpretação inicial – pretérita, portanto – para os fatos atuais”, conclui afirmando que a Constituição brasileira deve ser interpretada a partir dela mesma, e não por intermédio de “teorias jurídicas em outros tempos elaboradas, eventualmente com lastro em outras Constituições”, ou com teorizações de outros sistemas jurídicos.³³⁷ Noutra oportunidade, afirma:

³³³ ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos... *op. cit.*, p. 69.

³³⁴ COUTO E SILVA, Privatização no Brasil... *op. cit.*, p. 478-479. A Argentina procedeu de modo semelhante: SALOMONI, Jorge L. **Teoría General de los Servicios Públicos**. Buenos Aires: Ad-hoc, 1999, p. 345.

³³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 80.

³³⁶ JUSTEN FILHO, O Direito das Agências... *op. cit.*, p. 311-312.

³³⁷ MOREIRA, Exploração Privada dos Portos... *op. cit.*, p. 3.

A compreensão contemporânea da Ordem Econômica brasileira exige um esforço do intérprete, de molde a não se deixar seduzir em absoluto pelas doutrinas (econômicas e jurídicas) cunhadas à luz das premissas implícitas de outros sistemas normativos. É um esforço criativo ainda maior, visando à criação de uma nova compreensão acerca do Texto Constitucional.³³⁸

Com base nessa perspectiva, é claro que a mutação da noção de serviço público ocorrida em solo europeu, notadamente por conta da instituição da União Europeia, impactou sua compreensão no Brasil. O ponto chave, no entanto, reporta-se à necessidade de considerar que o fenômeno, se certamente impactou o Brasil, *não o fez da mesma forma que na Europa* – ou seja, mediante abandono do critério orgânico (*publicatio*) da noção de serviço público e sua substituição pela noção de “serviço de interesse econômico geral” ou de “serviço universal”.

Não se olvida que, após a edição do Plano Nacional de Desestatizações, ocorreram privatizações (em sentido estrito) que efetivamente deslocaram certas atividades do campo público para o privado: é o caso emblemático da privatização da CSN (Companhia Siderúrgica Nacional) e da VALE, então empresas estatais de grande porte. Ocorre que, ao que se percebe, privatizações que tais não tiveram o condão de deslocar para o setor privado a titularidade sobre atividades qualificadas como serviços públicos, tendo atingido apenas a atuação de empresas estatais exploradoras de *atividades econômicas em sentido estrito*. No que toca ao campo dos serviços públicos, de outro lado, as privatizações que ocorreram não importaram uma efetiva “entrega” da atividade ao setor privado, senão veja-se o caso da TELEBRÁS, em que a privatização importou a instauração de diversos regimes de *concessão* de serviços de telefonia às empresas vencedoras do leilão, a atestar a permanência da titularidade estatal sobre eles.³³⁹

Assim, por força de disposição específica da Constituição de 1988, defende-se postura de acordo com a qual a mutação dos serviços públicos no Brasil não implicou o rompimento da titularidade estatal (exclusiva) sobre a atividade qualificada como tal, com sua consequente liberalização (privatização em sentido estrito) e a assunção, pelo Estado, de uma postura unicamente reguladora. Ao contrário, parece-nos permanecer aplicável em solo nacional o requisito da *publicatio* para definir as atividades qualificadas como serviços públicos: nesse sentido, o art. 175 da Constituição Brasileira de 1988 expressamente afirma incumbir

³³⁸ MOREIRA, O Direito Administrativo Contemporâneo... *op. cit.*, p. 16.

³³⁹ Sobre a privatização da TELEBRÁS, cf.: FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação e Direito Concorrencial**: as telecomunicações. São Paulo: Livraria Paulista, 2003, p. 134-138.

ao Estado a prestação de serviços públicos, demonstrando de forma clara tal mister. Ademais, ao se voltar os olhos para o art. 21 do mesmo diploma constitucional, é claro ao intérprete notar que as atividades ali previstas, *qualificáveis como*³⁴⁰ serviços públicos (notadamente porque atinentes a setores de infraestrutura) permanecem sendo de titularidade estatal exclusiva, e assim permanecerão até que haja eventual alteração constitucional.

A análise conjunta dos artigos 21 e 175 da Constituição Brasileira de 1988 (que será retomada na Parte 3 do presente trabalho), portanto, permite sacar a ilação de que, no Brasil, o “pêndulo” do serviço público não enveredou vertiginosamente ao “hemisfério privado” como na Europa; pelo contrário: ficou a meio caminho, oscilando de um lado para o outro, dependente do hemisfério pelo qual o legislador optar.³⁴¹ Diante disso, nota-se que, na visão aqui pugnada, a reformulação da noção de serviço público em solo nacional, com consequente inserção de regime concorrencial na prestação de atividades qualificáveis como tal, não dependeu, como na Europa, da superação do vínculo orgânico dos serviços públicos com o Estado, bastando que fosse derrocada a falsa correlação entre atividade estatal e serviço público, bem como entre serviço público e exploração monopolística.

É importante destacar, aqui, que a defesa da exclusividade da titularidade estatal no que tange aos serviços públicos é realizada desde os primórdios pelos doutrinadores europeus que guerrearam a necessidade de inserção, no conceito de serviço público, do afamado requisito da *publicatio*. Conforme José María Souvirón MORENILLA, serviço público e *publicatio* “aparecem, assim, indissoluvelmente ligados na cultura jurídica europeia de raiz francesa”.³⁴²

³⁴⁰ Note-se aqui o reforço na expressão *qualificáveis* ao invés de *qualificadas*. Ou seja: trata-se de atividades titularizadas pelo Estado (atividades públicas), que poderão ou não, a depender de legislação específica, ser qualificadas como serviços públicos no caso concreto. Destarte, definitivamente não quer dizer aqui que as atividades descritas no art. 21 da Constituição serão *necessariamente* qualificadas como serviços públicos. O tema será aprofundado na Parte 3, adiante.

³⁴¹ Sobre o tema, afirma Egon Bockmann Moreira que no Brasil a “migração estatal entre os modos de intervenção econômica ainda não está estabilizada”, sendo que há mais de dez anos (atualmente, são quase vinte) o país “experimenta mutações *ad hoc* entre as hipóteses extremas do modelo do Estado-Empresário e aquele [...] do Estado Mínimo, sem encontrar um ponto médio de estabilização”, situação que o autor reputa constituir uma espécie de Mito de Sísifo regulatório, na medida em que “a identidade conferida ao sistema está em sua instabilidade” (MOREIRA, O Direito Administrativo da Economia... *op. cit.*, p. 54).

³⁴² MORENILLA, La actividad... *op. cit.*, p. 154. Com base nisso, afirma Dinorá Grotti que a *publicatio* (reserva de titularidade estatal com relação à atividade qualificada como serviço público) é elemento componente dos serviços públicos europeus desde o seu germen francês, conforme destacado por Villar Palasí (GROTTI, O Serviço público..., *op. cit.*, p. 25).

Não se pode olvidar, é bem verdade, que no início do período republicano (a chamada República Velha), era forte no Brasil a doutrina liberal que defendia a noção norte-americana das *public utilities*. Contudo, a partir da década de 30 do século XX, aproximadamente, passou a predominar em solo nacional a corrente contrária, de matriz francesa.³⁴³ Desde então, a exclusividade da titularidade estatal sobre a atividade qualificada como serviço público tornou-se elemento majoritariamente defendido desde a construção de Themístocles CAVALCANTI até as mais recentes, como a de Celso Antônio Bandeira de MELLO, que afirma: “De conseguinte, as atividades em questão não pertencem à esfera da livre iniciativa”.³⁴⁴ Nesse sentido, leciona Marçal JUSTEN FILHO, ao efetuar a distinção entre atividade econômica e serviço público:

Sempre que uma certa necessidade humana for qualificável como manifestação direta e imediata da dignidade inerente ao ser humano, sua satisfação tenderá a produzir um *serviço público*. Nesses casos, configura-se a *obrigatoriedade* da satisfação de certa necessidade. Portanto, as atividades materiais necessárias ao suprimento dessa necessidade e a titularidade da competência para desempenho serão atribuídas ao Estado. [...] Aplica-se um regime jurídico peculiar, próprio de direito público, destinado a assegurar a satisfação de necessidades imperiosas. Retira-se o desempenho das atividades correspondentes do âmbito da livre iniciativa privada e se impõe a titularidade estatal.³⁴⁵

No mesmo passo, a doutrina de Egon Bockmann MOREIRA:

Não se dá a incidência do princípio da subsidiariedade no setor dos serviços públicos, cuja definição constitucional – ‘Incumbe ao Poder Público (...) a prestação de serviços públicos’ (art. 175) – torna inversa a relação. O serviço público é reservado de forma primária ao Estado, podendo ser concedido o seu exercício aos particulares.³⁴⁶

Por evidente que pareça, a consequência prática mais imediata da *publicatio* dos serviços públicos é o impedimento de seu acesso, pelos privados, de forma autônoma (“livre”), tal qual ocorre nas demais atividades econômicas. Ora, em sendo a titularidade dos serviços públicos exclusiva do Estado, os privados somente podem acessá-los após devidamente habilitados para tanto – o que certamente não leva à conclusão de que deva haver, necessariamente, monopólio.

³⁴³ Sobre o tema, cf.: ARAGÃO, Direito dos Serviços... *op. cit.*, p. 59-71; SCHIRATO, Livre iniciativa... *op. cit.*, p. 40-46.

³⁴⁴ MELLO, Curso..., *op. cit.*, p. 664.

³⁴⁵ JUSTEN FILHO, Teoria Geral das Concessões... *op. cit.*, p. 30.

³⁴⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo da Economia... *op. cit.*, p. 93.

Conforme afirmado acima, na Europa o processo de liberalização foi radical, transmutando as atividades antes titularizadas pelo Estado em autênticas *atividades privadas*, inseridas na livre iniciativa e acessadas independentemente de outorga estatal, ainda que condicionadas à obtenção de uma *autorização* (lá denominada de *licença*). Nesse sentido é que afirma Gaspar ARIÑO ORTIZ que a mais fundamental mudança que o processo de liberalização dos serviços públicos na Europa provocou no regime jurídico das atividades de serviço público é o fato de que estas atividades deixaram de ser “atividades estatais” e que, portanto, para acessá-las não se faz mais necessária delegação por parte do poder público, bastando uma “licença (ou autorização), de caráter regulado (não discricionário), acompanhada, se for o caso, de cargas ou obrigações de serviço”.³⁴⁷ Igualmente, aduz Francisco José VILLAR ROJAS que o processo de privatização dos serviços públicos na Europa substituiu o monopólio estatal pela livre iniciativa empresarial, de modo que “do regime concessional, passa-se às autorizações de polícia”.³⁴⁸

Apontam com pertinência Pedro GONÇALVES e Licínio LOPES que, como consequência da perda da dimensão subjetiva do serviço público na Europa, as técnicas de intervenção da Administração no domínio da prestação de serviços “têm-se vindo a alterar, sendo que a técnica concessória tem vindo a perder terreno face à utilização de novos mecanismos e figuras de habilitação dos operadores económicos”.³⁴⁹ E rematam:

[...] sendo o *novo* serviço público apenas serviço público em sentido objetivo e não se referindo portanto a uma atividade pública, percebe-se que a concessão não seja o instrumento adequado para viabilizar o acesso de privados à respectiva gestão. Estando em causa uma atividade pública, devolvida ao mercado, o ato jurídico que permite o acesso ao seu exercício há de integrar a família dos atos de *autorização administrativa*: é justamente esse o caso das novas *licenças com encargos de serviço público* [...] ou de *serviço universal* [...] que, apesar de se afastarem de algumas características típicas das autorizações permissivas, não deixam todavia de integrar a figura geral das autorizações.³⁵⁰

No Brasil, no entanto, o art. 175 da Constituição faz com que se possa sustentar com boa margem de segurança a manutenção do critério da *publicatio*

³⁴⁷ ARIÑO ORTIZ, La liberalización... *op. cit.*, p. 15.

³⁴⁸ VILLAR ROJAS, Privatización... *op. cit.*, p. 212.

³⁴⁹ GONÇALVES; LOPES, Os Serviços Públicos... *op. cit.*, p. 303.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 304.

como critério definidor dos serviços públicos (ou seja, das atividades *qualificadas como serviços públicos*).

Assim, em reflexão direcionada ao ordenamento argentino, mas aplicável ao Brasil, reflete Juan Carlos CASSAGNE que uma das primeiras tentativas de reformulação do conceito consistiu na “pretensão de suprimir a *publicatio* como nota central da categoria do serviço público, como se esta figura fosse a causa do regime autoritário e estatista que caracterizou o serviço público em determinadas épocas históricas”. Todavia, conforme o autor, “a grande mudança dos serviços públicos nos anos noventa consiste em aceitar a compatibilidade das cargas e prerrogativas de direito público com a competição dentro e fora do serviço”, o que não equivale a sustentar que deve ser abandonada a ideia de *publicatio* e substituí-la pela de regulação.³⁵¹ Noutra oportunidade, afirma que, no processo, opera-se a “separação entre a titularidade dos serviços públicos – cuja potestade indelegável é retida pelo Estado – e a gestão privada através das distintas figuras concessionais”.³⁵²

Não se olvida, nesse tema, a existência de críticas como a feita por Vitor SCHIRATO, para quem o art. 175 da Constituição Brasileira de 1988 não pode ser interpretado da forma acima guerreada, ou seja, como dispositivo que desvela a permanência da *publicatio* em solo nacional: na sua visão, tal dispositivo apenas normatiza um *dever estatal* (“*Incumbe ao Estado*”) na prestação de serviços públicos, e não um privilégio de titularidade exclusiva.³⁵³ Em sentido semelhante, Alexandre dos Santos ARAGÃO argumenta que a atual “crise” do serviço público no Brasil não expressa, portanto, o fim do instituto, mas sim: (i) a redução do número de atividades capazes de nele conceitualmente se enquadrar, na medida em que deixaram de ser titularizadas pelo Estado e são agora subsumíveis ao conceito de “atividade privada de relevância pública” ou “atividade privada regulamentada”; (ii) nas atividades que continuam sendo enquadradas como serviços públicos (de titularidade estatal), a “modificação parcial do seu regime jurídico para inserção de mecanismos de concorrência”.³⁵⁴ Em outra passagem, conclui:

Não houve mudança nos objetivos – a maioria deles de sede constitucional – dos serviços públicos, mas sim nos meios deles os alcançarem: de uma titularidade estatal exclusiva e unicidade de prestador sob intensa

³⁵¹ CASSAGNE, El servicio público en el campo... *op. cit.*, p. 61.

³⁵² CASSAGNE, La intervención... *op. cit.*, p. 111.

³⁵³ SCHIRATO, Livre iniciativa... *op. cit.*, p. 97 e seguintes.

³⁵⁴ ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos... *op. cit.*, p. 251.

regulação, para uma pluralidade de prestadores, não sujeitos à regulação estatal em uma série de importantes aspectos das suas atividades, que passaram a ser confiados à concorrência.³⁵⁵

Diante dos limites que devem ser impostos à presente pesquisa, infelizmente não cabe aqui aprofundar e problematizar esse interessante debate. Seguir-se-á, de todo modo, o entendimento acima exposto, de acordo com o qual o art. 175 da CF/88 autoriza a manutenção do critério orgânico para definir as atividades qualificadas como serviços públicos no Brasil. Ademais, o entendimento guarda plena consonância com o foco da presente pesquisa, na medida em que as autorizações regulatórias estão previstas em incisos do art. 21 da Constituição, dispositivo que elenca competências privativas da União e que, portanto, reporta-se a atividades em que, mesmo quando não qualificadas como serviço público, a *publicatio* é evidente e – ao que se reputa – incontornável.³⁵⁶

No entanto, note-se que a manutenção do critério orgânico para definir os serviços públicos (as atividades qualificadas como serviços públicos) de forma alguma impediu a ocorrência de mutações no seu conceito: mesmo mantida a *publicatio* sobre os serviços públicos, é plenamente possível sua exploração em regime de concorrência.

Noutras palavras, verifica-se que, por conta da existência de limitações constitucionais ao ideário reformador, o processo de reformulação dos serviços públicos no Brasil foi menos acentuado do que na Europa, e a quebra dos monopólios públicos não dependeu, aqui, do rompimento da *publicatio* sobre os serviços públicos, e sim da inserção de regime concorrencial na prestação das atividades qualificáveis como serviços públicos, mediante a utilização *concomitante* de diferentes instrumentos regulatórios de outorga ao setor privado. Vale dizer: no Brasil, a inserção do regime concorrencial na prestação de serviços públicos não dependeu do rompimento da titularidade estatal as atividades qualificadas como tal, bastando que fosse soterrada a (falsa) correlação automática que se fazia entre titularidade estatal, de um lado, e monopólio de exploração, de outro.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 394.

³⁵⁶ A bem da verdade, no caso dos setores elencados no art. 21 da Constituição a *publicatio* é ainda mais profunda do que aquela descrita no art. 175, na medida em que não atinge apenas as atividades quando *qualificadas como* serviços públicos, mas vai além, atingindo o próprio substrato material da atividade em si. No caso das atividades descritas no art. 21 da Constituição, portanto, a titularidade estatal existe ainda que não haja sua qualificação legal como serviço público. O tema será retomado adiante, Parte 3, item 1.6.1.

Ademais, como no Brasil o rompimento dos monopólios públicos não dependeu da quebra da *publicatio*, acabam por conviver em solo pátrio instrumentos que vêm do Estado Liberal (concessões), do Estado Social (prestação direta, aliada em certos casos a concessões), e agora também do Estado Regulador (em destaque, as autorizações regulatórias, foco desta pesquisa), numa formatação jurídica absolutamente peculiar.

Assim, se na Europa o Estado que antes prestava serviços públicos agora “apenas” os regula, o Estado brasileiro não só regula tais atividades, como também as continua prestando diretamente e outorgando aos particulares mediante técnicas e instrumentos jurídicos com características absolutamente diversas.³⁵⁷ É por isso que Marçal JUSTEN FILHO, após afirmar que “o exercício das competências de poder de polícia adquiriu nova relevância com a afirmação das competências regulatórias do Estado”, remata, no que toca à atividade portuária:

[...] a regra constitucional do art. 21, XII, “f”, significa não apenas a publicização de atividades essenciais desenvolvidas no âmbito portuário. A fórmula genérica contemplada na Constituição também importa a atribuição à União da competência regulatória setorial: explorar os portos significa prestar serviços públicos portuários mas também *regular* as atividades desempenhadas por todos os operadores sujeitos envolvidos na atividade portuária.³⁵⁸

Similarmente, ao analisar o setor elétrico, Vitor SCHIRATO aponta que ali o Estado atua como agente regulador (por meio da ANEEL), planejador (via Ministério de Minas e Energia), fomentador (BNDE, por exemplo), e prestador (ELETROBRAS, dentre outras estatais), ressaltando a multiplicidade de papéis que o Estado brasileiro desempenha nos setores regulados.³⁵⁹

Logo, como bem afirmou Egon Bockmann MOREIRA, no Brasil “a lógica do ‘ou-ou’ passou a conviver com a do ‘e-e’: Estado e iniciativa privada”,³⁶⁰ de modo que a onda liberalizante e regulatória que atingiu o país em meados da década de 1990, se de um lado tornou o modelo intervencionista brasileiro “ainda mais

³⁵⁷ A regulação no Brasil, portanto, diversamente do que ocorre em solo europeu, não caracteriza necessariamente uma ação de “alguém que está de fora” da atividade regulada, conforme sustenta Pedro Gonçalves (GONÇALVES, Regulação, Electricidade e Telecomunicações..., *op. cit.*, p. 15).

³⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico dos operadores de terminais portuários no Direito brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 4, n. 16, out./dez. 2006, p. 94.

³⁵⁹ SCHIRATO, Vitor Rhein. Geração de energia elétrica no Brasil: 15 anos fora do regime de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, jul./set. 2010, p. 165.

³⁶⁰ MOREIRA, Qual é o futuro... *op. cit.*, p. 2.

esquisito”, de outro lado, não inverteu as premissas do que o autor chama “estilo interventivo brasileiro” (uma espécie de “*brazilian-style regulation*”), plasmadas na Constituição econômica brasileira.³⁶¹ Pontua:

[...] o que se deu foi uma mudança na concepção do relacionamento do Estado na economia que envolveu uma atenuação da participação dele, mas não a sua exclusão e/ou o estabelecimento de uma realidade avessa à anterior. Ademais, permanecem algumas das necessidades de fato que tornam imprescindível a atuação econômica estatal.³⁶²

Verifica-se, então, que o processo de reformulação dos tradicionais serviços públicos permitiu que, ao lado de instrumentos mais antigos e tradicionais como as concessões, surgissem novos tipos de ajuste decorrentes do consenso, bem como *novas figuras* habilitantes do exercício, por privados, de atividades de titularidade estatal. Isso, por certo, não é exclusividade nacional: na Europa, a liberalização das atividades pública foi igualmente acompanhada de novas técnicas regulatórias (em destaque, as licenças com encargos de serviço público). Já dissera LAUBADÈRE:

Os métodos do intervencionismo de polícia econômica são os métodos tradicionais da ação administrativa: a administração regulamenta, prescreve, proíbe, outorga subvenções agindo unilateralmente. No intervencionismo atual, estes métodos clássicos de ação administrativa não desapareceram, mas, ao lado deles, tomaram lugar outros métodos, alguns dos quais receberam denominações já clássicas [...]. A frequência dada hoje em dia, na intervenção econômica das autoridades públicas, às ações concertadas, negociadas, persuasivas, e não às ações coativas, suscita modalidades de atos aos quais as definições e classificações tradicionais dos atos administrativos (distinção do ato unilateral e do contrato, do ato regulamentar e do ato individual) parecem já não se adaptar perfeitamente. Já posta em causa pela originalidade dos atos de planificação, a *teoria jurídica dos atos administrativos* é-o ainda por estas novas técnicas.³⁶³

³⁶¹ MOREIRA, O Direito Administrativo Contemporâneo... *op. cit.*, p. 2; 16.

³⁶² *Ibidem, idem.* Noutra oportunidade, ao tratar das feições do novo Estado Regulador nas economias capitalistas, refuta a possibilidade de abdicar da regulação estatal na economia, eis que tal intento importaria, para o autor, um “agravamento da hermenêutica retrospectiva”, ou seja, uma tentativa radical de fazer retornar o liberalismo clássico aos dias atuais, lendo-se o direito brasileiro de hoje com base nas teorizações europeias do século XVIII e XIX. Noutra oportunidade, ao tratar das feições do novo Estado Regulador nas economias capitalistas, refuta a possibilidade de abdicar da regulação estatal na economia, eis que tal intento importaria, para o autor, um “agravamento da hermenêutica retrospectiva”, ou seja, uma tentativa radical de fazer retornar o liberalismo clássico aos dias atuais, lendo-se o direito brasileiro de hoje com base nas teorizações europeias do século XVIII e XIX. Daí porque, para Moreira, é “próximo do impossível que o Estado (especialmente o brasileiro) deixe de intervir na economia, [...] especialmente em países desenvolvidos com graves falhas estruturais como o Brasil” (MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo da Economia, a Ponderação de Interesses e o Paradigma da Intervenção Sensata. In: MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. **Estudos de Direito Econômico**, v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 60-61; 97).

³⁶³ LAUBADÈRE, Direito Público Econômico, *op. cit.*, p. 55; 62.

No mesmo prisma, Luciano Parejo ALFONSO *et. at.*, afirmam:

As mudanças nas políticas públicas setoriais induzidas pelos fenômenos conhecidos como desregulação ou liberalização estão conduzindo a técnicas de intervenção de difícil classificação (que, de outro lado, demonstram que tais fenômenos não comportam necessariamente a desaparecimento ou o abandono, e sim a transformação da intervenção pública).³⁶⁴

Colhe-se de Alejandro BLANCO que, na nova realidade, a concessão e a autorização enquanto técnicas do direito administrativo foram sendo “desnaturalizadas no processo de transição de uma concepção estatal regaliana do Estado de bem estar a uma concepção onde predomina a espontaneidade e a livre iniciativa”. Para o autor, ainda que as leis, a jurisprudência e a ciência jurídica sigam operando com tais conceitos, idênticos na forma, seu conteúdo “parece ter mudado radicalmente”. Daí porque, para BLANCO, “ao caracterizar o novo serviço público, devemos conectá-lo com a evolução, novo papel e atual aplicação prática das velhas técnicas do direito administrativo”, dentre elas a técnica autorizacional.³⁶⁵ Adiante, prossegue:

[...] no cenário clássico, não operava e nem poderia operar no meio das publicizações de corte antigo, a figura da autorização, pois seu papel de mera remoção de obstáculos [...] para o exercício de direitos já existentes, não permitia tal criação de direitos; imprescindível nos fenômenos de “serviços públicos”.³⁶⁶

Santiago Muñoz MACHADO, em reflexão que se aplica com perfeição ao caso brasileiro, sustenta:

O regime jurídico da intervenção da Administração sobre os serviços públicos, ainda que mantida a titularidade estatal, ainda que se trate de atividades de interesse público prestadas por empresas privadas, está sendo modificado de um modo radical para incorporar um pacote de técnicas novas, muitas das quais desconhecidas nos ordenamentos internos.³⁶⁷

O fenômeno foi também abordado por SÁNCHEZ:

³⁶⁴ PAREJO ALFONSO *et. at.*, Manual... *op. cit.*, p. 492-493.

³⁶⁵ BLANCO, El nuevo servicio público... *op. cit.*, p. 42; 46.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 54.

³⁶⁷ MUÑOZ MACHADO, Santiago. **Servicio Público y Mercado**, v. 1. Madri: Civitas, 1998, p. 225.

Em realidade o novo Estado regulador que está emergindo no Ocidente é um Estado plenamente intervencionista, só que com instrumentos diferentes. Apelando precisamente para a concorrência, o Estado desenvolve uma política econômica muito concreta, que se plasma numa multiplicidade de normas jurídicas e medidas positivas que condicionam a atuação do setor privado.³⁶⁸

Em estudo de fôlego sobre as autorizações, constatou LAGUNA DE PAZ que “o Direito Administrativo contemporâneo – inseguro de suas forças – parece ter que validar suas técnicas tradicionais, que alguns duvidam que possam servir para o século XXI”.³⁶⁹ E prossegue:

As duas últimas décadas do século XX se caracterizaram por uma retirada da intervenção pública, devido à liberalização e desregulação de serviços e atividades. No entanto, isso não significou a perda de importância da autorização administrativa. Bem ao contrário, esta ampliou o seu âmbito de aplicação, a ocupar parte do espaço que antes correspondia a outras técnicas, como a concessão de serviços públicos, ou até mesmo a concessão dominial.³⁷⁰

Em igual senso, afirma Charles CELIER que a recente evolução do papel do Estado no domínio do que em França corresponde aos serviços públicos econômicos fez com que se modificassem sensivelmente os métodos de ação, sendo que, em matéria de serviços públicos, os instrumentos são muito diversos do que eram há anos atrás.³⁷¹ Digno de nota, por fim, o raciocínio de Juan Carlos CASSAGNE, afirmando haver

[...] técnicas que aparecem muitas vezes em forma conjunta ou promíscua para reger uma determinada relação, de modo que a atividade de prestação de um serviço público pode ser acompanhada de medidas de limitação, de coações ou de atos favoráveis de fomento em um sistema quase sempre atípico, que contém técnicas entrecruzadas.³⁷²

Conforme constata o autor, as técnicas tradicionais de ação administrativa (poder de polícia, serviço público, fomento) acabam se mesclando, coexistindo e se intercambiando, podendo “aparecer de forma promíscua na ação administrativa

³⁶⁸ SÁNCHEZ, Infraestructuras... *op. cit.*, p. 82.

³⁶⁹ LAGUNA DE PAZ, La Autorización... *op. cit.*, p. 27.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 31.

³⁷¹ CELIER, Charles. **Droit public et vie économique**. Paris: Presses Universitaires de France, 1949, p. 137;139.

³⁷² CASSAGNE, La Intervención... *op. cit.*, p. 26. O autor é expresso ao tratar a *autorização* enquanto *técnica*, ato instrumental utilizado pela Administração para realizar suas finalidades (*Ibidem*, p. 28).

concreta do Estado”.³⁷³ Interessante, nesse viés, considerar a possibilidade de a técnica autorizatória funcionar não apenas como ato de outorga (reflexo de uma visão vertical da Administração), e sim, igualmente, como espécie de *fomento legislativo* à participação privada em setores públicos, em prol da concorrência, encarando o tema exposto sob “o outro lado da moeda”.

Nesse quadro, o art. 21 da Constituição brasileira prevê, ao lado das tradicionais figuras da concessão e permissão (ainda que atualmente reformuladas), um terceiro instrumento/técnica regulatória passível de utilização pela Administração Pública para promover a competição em atividades infraestruturais titularizadas pela União, qualificáveis como serviços públicos: a *autorização*, justamente o foco da presente pesquisa.

Demonstra-se, portanto, o indissociável liame histórico estabelecido entre as autorizações regulatórias e o processo de mutação dos serviços públicos em solo brasileiro: as autorizações previstas no art. 21 da Constituição são, hoje, *ao lado* das concessões e permissões, instrumentos regulatórios passíveis de utilização pela Administração Pública para outorgar aos particulares interessados (o plural não é por acaso) o direito de explorar atividades qualificáveis como serviços públicos em áreas de infraestrutura titularizadas pela União, instaurando-se em tais setores cenário de competição regulada e, conseqüentemente, estimulando o incremento da eficiência na prestação à coletividade.

Nota-se a toda evidência a pertinência da digressão histórica acima realizada, que não consiste em mero adendo ou informação paralela ao objeto pesquisado: não foi senão por conta da guinada da noção de serviço público que surgiram e ganharam relevo, no Brasil, as autorizações administrativas que aqui se denominam “autorizações regulatórias”, posto que direcionadas a habilitar o privado a atuar, em concorrência com outros prestadores da mesma atividade, em setores econômicos de cunho infraestrutural que antes eram monopolizados pelo Estado – o que comprova que o regime concorrencial foi instituído, no Brasil, independentemente da quebra da *publicatio*, mediante inserção de competição entre o Estado e concessionárias, permissionárias e *autorizatórias*, todos atuantes num mesmo setor.³⁷⁴

³⁷³ *Ibidem*, p. 91-92.

³⁷⁴ Discorda-se, com isso, da proposição de Marcos Juruena Villela Souto, para quem “a tendência de desregulação com vistas à ampliação da eficiência pela competição levará ao acolhimento da noção

Esse cenário, aliás, é plenamente consentâneo com o que se expôs no tópico precedente: o Estado Regulador, ainda que não mais tenha por intenção primordial prestar diretamente (e monopolisticamente) os serviços públicos à população, resguarda-se, diante da relevância socioeconômica das atividades em questão, na posição de ente regulador de ditas atividades, as quais passaram a ser prestadas por privados em regime de concorrência entre si (e com o próprio Estado). Tem razão ARAGÃO, quanto afirma que o Estado “[...] não perdeu, portanto, o seu poder de planejamento determinante sobre essas atividades, passando apenas a exercê-lo através de alguns novos mecanismos, de índole marcadamente concorrencial”.³⁷⁵

Nessa aproximação, o fato de depender de *autorização* do Poder Público o ingresso do privado interessado em setores infraestruturais denota exatamente a intenção do novel formato estatal de manter-se na posição de “guardião” das atividades em questão (que, no Brasil, remanescem em sua titularidade por força de disposição constitucional expressa), prezando pela máxima *qualidade* na prestação dos serviços pelos privados em concorrência. Essa “qualidade” é aferida por parte do ente *titular e regulador* da atividade (Estado) mediante observação do cumprimento, pelo privado *autorizado*, de *obrigações específicas* contidas na lei ou ajustadas quando da outorga da autorização (algo semelhante – mas não idêntico – ao que, em solo europeu, denominam-se *obrigações de serviço público*).

Colhe-se de Carlos Ari SUNDFELD bom resumo do quadro exposto:

Os velhos serviços públicos, de regime jurídico afrancesado e explorados diretamente pelo Estado, estão desaparecendo, com as empresas estatais virando particulares e o regime de exploração dos serviços sofrendo sucessivos choques de alta tensão. Telecomunicações, energia elétrica e portos são alguns dos setores em que a noção de “serviço público”, se algo ainda diz, diz pouco; admite-se a exploração em regime privado, por meio de autorizações, não mais apenas pelas clássicas concessões; introduz-se a competição entre prestadores, suscitando a aplicação do “direito da concorrência” (ou antitruste) e a interferência dos órgãos incumbidos de protegê-la.³⁷⁶

A seu turno, Alexandre ARAGÃO reconhece que:

americana de *public utility* diversa da atualmente vigente no Brasil para os serviços de relevância social reconhecida. Com isso, a licença e a autorização, sob intensa regulação setorial, tendem a ocupar um espaço reservado à concessão e permissão dos serviços públicos” (SOUTO, Direito Administrativo Regulatório... *op. cit.*, p. 300).

³⁷⁵ ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos... *op. cit.*, p. 394.

³⁷⁶ SUNDFELD, A Administração Pública na era do Direito Global... *op. cit.*, p. 161.

[...] se sempre existiu e continua existindo a regulação dos serviços públicos delegados à iniciativa privada, a inserção de mecanismos concorrenciais alterou significativamente o seu substrato e o espírito que a anima, com incontornáveis reflexos na interpretação das suas regras e na forma de aplicação dos paradigmas tradicionais das delegações de serviços públicos.³⁷⁷

Nas palavras de Vitor SCHIRATO:

[...] as atividades autorizadas reguladas têm um papel essencial na prestação concorrencial dos serviços públicos, na medida em que, em diversos setores de serviços públicos [...] a concorrência depende da outorga de *autorizações* a terceiros para que eles possam oferecer atividades materialmente concorrentes dos serviços públicos.³⁷⁸

Finalmente, pondera Floriano de Azevedo MARQUES NETO que a quebra do paradigma monopolista na exploração dos serviços públicos impacta sobremaneira “não só a forma de exploração destas atividades, como os próprios instrumentos teóricos de que nós, os publicistas, lançamos mão para explicá-los nos últimos cento e tantos anos”.³⁷⁹ E remata:

A maior transformação neste cenário parece ser mesmo a introdução da competição em um mesmo serviço com distintas incidências regulatórias, ou seja, com a concomitância entre prestadoras sujeitas ao regime público e ao regime privado, ainda que ambas subordinadas a restrições de acesso para exploração da atividade econômica específica (necessidade de prévia licença – concessão, permissão ou autorização, conforme o caso). [...] Trata-se de um novo traço da regulação dos serviços públicos cuja ideia nuclear é a de incentivar a concorrência nestas atividades [...]³⁸⁰

Daí porque a “mutação” da noção de serviço público, quer com o caráter mais incisivo de instituição de liberdade de iniciativa nos “serviços universais” e “serviços econômicos de interesse geral” (Europa), quer com a “simples” quebra dos monopólios e inserção de um regime concorrencial de acesso regulado (Brasil), foi a grande responsável pelo surgimento de uma categoria de autorizações administrativas que, ao que aqui se defende, são absolutamente diferentes daquelas classicamente concebidas para concretizar exercício de poder de polícia pelo Estado oitocentista de matriz liberal.

³⁷⁷ ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos... *op. cit.*, p. 394.

³⁷⁸ SCHIRATO, Livre Iniciativa... *op. cit.*, p. 317.

³⁷⁹ MARQUES NETO, A nova regulação dos serviços públicos, *op. cit.*, p.13.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 23.

As novas autorizações administrativas, aqui denominadas autorizações regulatórias, derivadas do processo de mutação dos serviços públicos no Brasil e destinadas, enquanto instrumentos de regulação, a “golpear os monopólios”, não mais consubstanciam o exercício de um genérico e unitário “poder de polícia” por parte do Estado. Ora, ao expedir autorizações para que particulares atuem em área de sua titularidade – por força do contido no art. 21 da Constituição –, o Estado não está simplesmente verificando pressupostos de polícia e averiguando se a atividade do particular agredirá o “bem comum”, a “segurança” ou a “ordem pública” para, em caso negativo, remover um obstáculo existente ao exercício de um *direito pré-existente*.

Trata-se de algo muito diferente (e que vai muito além): pelas novas autorizações, a Administração Pública institui a prestação concorrencial de atividades *qualificáveis como* serviços públicos, promovendo a competição e, com isso, incentivando o incremento à eficiência e facilitando o desenvolvimento de infraestruturas. Essas autorizações detêm características muito diferentes das tradicionais autorizações de polícia, principalmente pelo fato de que, no Brasil, habilitam os particulares a atuarem em setores de infraestrutura titularizados pelo Estado (*in casu*, União), e não pelos privados.

Aliás, note-se como no tema das autorizações administrativas as divergências entre o processo de mutação dos serviços públicos na Europa e no Brasil possuem consequências assaz importantes para o presente estudo.

Na Comunidade Europeia, como a liberalização dos serviços públicos importou a quebra da titularidade estatal, as atividades então qualificadas como tal passaram a estar inseridas na esfera da liberdade de iniciativa econômica dos privados (ou seja, passaram a ser *atividades privadas*). Nesse passo, afirma José Maria MORENILLA que “como consequência da liberalização dos clássicos serviços públicos de titularidade administrativa exclusiva, estão se incrementando os exemplos de atividades privadas sujeitas a uma mais ou menos intensa regulamentação”, diante do interesse público que comporta sua satisfação.³⁸¹ Considerando que se trata de serviços de *titularidade privada*, mas que satisfazem uma necessidade de interesse geral, o autor as denomina como “serviços privados

³⁸¹ MORENILLA, La actividad... *op. cit.*, p. 503-504.

de interesse público”, que exigem uma “neorregulação” enquanto intervenção administrativa não assuntiva da atividade.³⁸²

Isso explica a afirmação de Rafael Caballero SÁNCHEZ no sentido de que, após o processo de liberalização, “o resultado foi que, na legislação reguladora dos setores liberalizados, as referências que antes se faziam à necessidade de uma *concessão* foram substituídas sem mais pela exigência de uma *autorização*”,³⁸³ ainda que as atividades, diante de sua relevância socioeconômica, mereçam vigilância do poder público que, mediante técnicas regulatórias, pode impor certas obrigações de serviço público ao prestador. Adiante na mesma obra, retoma afirmando que como consequência da nova óptica pós-liberalização, mudaram também os tipos de títulos habilitantes que se exigem para atuar nesses setores econômicos liberalizados, de modo que:

O tradicional contrato de gestão de serviços públicos fica restrito às parcelas que ainda conservam essa qualificação formal, sobretudo no caso dos serviços públicos sociais. [...] De outra parte, potencializa-se o regime de autorização para poder participar nos distintos mercados, que no caso de constituir atividades essenciais ou de interesse geral, veem-se gravadas com cláusulas acessórias que garantam a cobertura geral de prestações com qualidade suficiente a todos os potenciais consumidores ou usuários.³⁸⁴

Como firma Gaspar ARIÑO ORTIZ, “o novo modelo se baseia na abertura do setor à iniciativa privada (liberdade de entrada) e pluralidade de ofertas nos segmentos competitivos”, de modo que qualquer operador interessado em atuar no setor terá *direito* a fazê-lo, desde que reúna os requisitos e considerando que, “naturalmente, será requisito para ele a obtenção de uma autorização administrativa”.³⁸⁵ Noutra oportunidade, resume:

Desta forma aparece uma nova qualificação jurídica das atividades que poderíamos denominar *atividades neorreguladas*, com duas características. Primeiro, não são atividades de titularidade pública, senão *de titularidade privada*. Segundo, submetem-se a regulação: mas não à tradicional regulação econômica das atividades regulamentadas ou disciplinadas, senão ao *novo sentido da regulação para a competição*, que bem merece uma denominação da atividade com um novo sentido.³⁸⁶

³⁸² *Ibidem*, p. 508.

³⁸³ SÁNCHEZ, Infraestructuras... *op. cit.*, p. 62.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 69.

³⁸⁵ ARIÑO ORTIZ, La liberalización de los servicios públicos... *op. cit.*, p. 27.

³⁸⁶ ARIÑO ORTIZ, Principios... *op. cit.*, p. 641.

Esclarecedora a proposta de Alejandro Vergara BLANCO, que pretende uma reformulação da *publicatio* no cenário de liberalização europeu:

[...] o instrumento jurídico denominado *publicatio* opera hoje de modo distinto: já não como uma pretendida reserva estatal de serviços chamados “públicos” em uma acepção aproximada do estatal; hoje a *publicatio* opera como uma espécie de *proibição geral com reserva de autorização* nessas matérias econômicas.³⁸⁷

Assim, para o autor, “não cabe aplicar a figura da *publicatio* do mesmo modo que antes. Há tons e semitons que alteram a sinfonia”.³⁸⁸

Fica evidente que a autorização, nesse caso, possuirá o mesmo sentido *declaratório* das autorizações de polícia: a menção, por Blanco, à expressão “proibição geral com reserva de autorização” claramente remete às autorizações de polícia de outrora. Nessa ordem de ideias, as autorizações/licenças administrativas expedidas na Europa para que os privados exerçam os “serviços de interesse econômico geral” acabam compartilhando *algumas* das características atribuíveis às antigas autorizações de polícia, porquanto retratam o exercício de uma espécie de “poder geral de cautela” por parte do Estado Regulador que, pela autorização, levantará óbice ao exercício de um autêntico direito do particular (visto que a atividade em questão passou a estar inscrita em sua esfera de iniciativa econômica, ou seja, passou a ser atividade privada, em virtude da liberalização).

No Brasil, ao revés, as autorizações regulatórias possuem (ou deveriam possuir, conforme se demonstrará na Parte 3, adiante) características bastante diversas. Aqui, como visto, o processo de mutação dos serviços públicos não conduziu à liberalização das atividades *qualificadas como tal*, que, por força de disposição constitucional específica (art. 175), permanecem sendo de titularidade estatal. Tanto menos importou a liberalização de atividades que, mesmo quando não qualificadas como serviços públicos, tenham sido expressamente reservadas ao Estado (art. 21). Diante desse fato, ao expedir autorizações em setores econômicos de sua titularidade, o Estado não está somente supervisionando a atividade em questão, está também *outorgando* ao particular um direito *ex novo*, que previamente inexistia em sua esfera jurídica porque pertencia com exclusividade ao Estado, direito esse consistente na possibilidade (senão dever) de explorar a atividade de

³⁸⁷ BLANCO, El nuevo servicio público... *op. cit.*, p. 42.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 62.

forma aberta à coletividade e em concorrência com outros prestadores – e até com o próprio Estado!

Ora, se até na Europa – em que as atividades liberalizadas passaram a ser de titularidade dos privados – parcela da doutrina contemporânea tem pugnado por uma alteração na concepção das autorizações administrativas (conforme se enfrentará adiante, na Parte 3), o que se dizer então do caso brasileiro, em que as atividades autorizadas possuem características radicalmente opostas em relação àquelas que são objeto das tradicionais autorizações de polícia?

Ademais, essa crucial diferença entre os sistemas, decorrente da especificidade do ordenamento jurídico brasileiro, faz com que as propostas de parcela da doutrina europeia, que intenta reconduzir as novas autorizações regulatórias às tradicionais autorizações de polícia,³⁸⁹ sejam facilmente refutadas para o caso brasileiro, visto que partem de pressupostos que, para o nosso ordenamento, não são verdadeiros.

Ao tema se dedicará a próxima parte da pesquisa. O que importa aqui frisar é o fato de que a mutação ocorrida no seio da tradicional noção de serviço público, com a quebra dos monopólios estatais e a instituição de regime concorrencial regulado em sua prestação (mesmo sem ter havido abandono do critério orgânico), fez surgir no horizonte do Direito (Administrativo) Econômico brasileiro uma *nova espécie* de autorização administrativa, despida de suas vestes tradicionais.

2.1. Uma explicação necessária: as autorizações nas Constituições brasileiras anteriores

A análise dos diplomas constitucionais brasileiros anteriores ao atual (e, portanto, anteriores à década de 90 do século passado, que marcou o *turning point*³⁹⁰ dos serviços públicos no Brasil) conduz à percepção de que, anteriormente à Constituição de 1988, algumas Constituições brasileiras já previam a figura da autorização como instrumento de habilitação para privados prestarem atividades titularizadas pelo Estado.

Os diplomas elaborados no século XIX (Constituição de 1824 e de 1891) sequer traziam a expressão “autorização” em seu texto. Contudo, a omissão não permaneceu nos documentos posteriores.

³⁸⁹ LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op.*, *cit.*, p. 108 e seguintes.

³⁹⁰ A expressão é de COUTO E SILVA, Privatização no Brasil... *op. cit.*, p. 455.

No que aqui interessa,³⁹¹ previa o art. 119 da Constituição de 1934:

Art. 119 - O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei.

§ 1º - As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil, ressalvada ao proprietário preferência na exploração ou co-participação nos lucros.

§ 2º - O aproveitamento de energia hidráulica, de potência reduzida e para uso exclusivo do proprietário, independe de autorização ou concessão.

§ 3º - Satisfeitas as condições estabelecidas em lei, entre as quais a de possuírem os necessários serviços técnicos e administrativos, os Estados passarão a exercer, dentro dos respectivos territórios, a atribuição constante deste artigo.

[...]

§ 6º - Não depende de concessão ou autorização o aproveitamento das quedas d'água já utilizadas industrialmente na data desta Constituição, e, sob esta mesma ressalva, a exploração das minas em lavra, ainda que transitoriamente suspensa.

Referido dispositivo foi reproduzido com poucas alterações na Constituição de 1937, art. 143:

Art. 143 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água constituem propriedade distinta da propriedade do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização federal.

§ 1º - A autorização só será concedida a brasileiros, ou empresas constituídas por acionistas brasileiros, podendo o Governo, em cada caso, por medida de conveniência pública, permitir o aproveitamento de quedas d'água e outras fontes de energia hidráulica a empresas que já exercitem utilizações amparada pelo § 4º, ou as que se organizem como sociedades nacionais, reservada sempre ao proprietário preferência na exploração, ou participação nos lucros.

§ 2º - O aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida e para uso exclusivo do proprietário independe de autorização.

[...]

§ 4º - Independe de autorização o aproveitamento das quedas d'água já utilizadas industrialmente na data desta Constituição, assim como, nas mesmas condições, a exploração das minas em lavra, ainda que transitoriamente suspensa.

Ao que se pode notar, contudo, os dispositivos supracitados não são aptos a afrontar o que antes se argumentou, posto que se referem a situações diversas: à época das Constituições de 1934 e de 1937, os minerais, a água e a energia não

³⁹¹ Não serão trazidas, porque impertinentes ao presente estudo, as disposições constitucionais eventualmente existentes no que toca às autorizações internas ou de controle (tais como a autorização para abertura de crédito orçamentário, para declarar guerra e celebrar paz, dentre outras).

eram expressamente considerados, pelos diplomas constitucionais em questão, como sendo de titularidade estatal. Perceba-se que, quando tais elementos (minerais, água e energia) fossem extraídos de propriedades privadas, a dicção constitucional acima reproduzida conduz ao entendimento de que eles poderiam ser também considerados como de propriedade *privada*.

Para corroborar, confira-se, na cabeça de ambos os dispositivos, a expressão “ainda que de propriedade privada”, que parece referir-se ao fato de que os minerais, a água e a energia, mesmo considerando a distinção de sua propriedade com relação à propriedade solo, também poderiam ser de titularidade dos privados. O raciocínio é comprovado ao se conferir a doutrina de Guimarães MENEGALE e notar que o autor expressamente prevê a existência de autorizações para a exploração de *energia hidrelétrica* de propriedade privada.³⁹²

De tal análise resulta que a expressão “autorização” que é ali mencionada se refere ao acesso, por privados, a um setor que poderia pertencer à sua titularidade, pelo que as autorizações a que as Constituições de 1934 e 1937 fazem referência parecem revestir-se, claramente, dos caracteres das tradicionais autorizações de polícia. Ademais, note-se como a autorização ali prevista não condiz com a situação de exploração privada de minerais, da água e de energias direcionada à *utilização pela coletividade*. Muito pelo contrário: pelo que se extrai da redação expressa dos dispositivos em questão, trata-se da expedição de autorização para que os privados explorem minérios e recursos hídricos (inclusive energéticos) *para fins de aproveitamento industrial*, ou seja, para utilização pelos privados autorizados em sua cadeia produtiva (ex.: irrigação de plantações, geração de eletricidade para alimentar uma indústria, etc.), situação que por óbvio não se confunde, por exemplo, com o fornecimento de água e energia elétrica à população.

No entanto, o cenário muda ao se analisar a Constituição de 1946 que, no seu art. 5º, trouxe redação sobre as competências da União que se aproxima em muito da redação do art. 21 do atual diploma constitucional, confira-se:

Art 5º - Compete à União:

[...]

XII - explorar, diretamente ou mediante *autorização ou concessão*, os serviços de telégrafos, de radiocomunicação, de radiodifusão, de telefones interestaduais e internacionais, de navegação aérea e de vias férreas que

³⁹² MENEGALE, Guimarães. **Direito Administrativo e Ciência da Administração**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, p. 300-301.

liguem portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado.

O mesmo diploma, no art. 153, reproduziu com pequenas alterações a orientação do art. 119 da Constituição de 1934, supracitado.

Na Constituição de 1967, as competências da União foram discriminadas no art. 8º, sendo emblemático o seu inciso XV:

Art. 8º - Compete à União:

[...]

XV - explorar, diretamente ou mediante *autorização ou concessão*:

- a) os serviços de telecomunicações;
- b) os serviços e instalações de energia elétrica de qualquer origem ou natureza;
- c) a navegação aérea;
- d) as vias de transporte entre portos marítimos e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de um Estado, ou Território;

De resto, trazia em seu art. 161 a orientação básica repetida das Constituições anteriores, no que toca à exploração de minérios e potenciais de energia hidráulica. A EC n. 01/69 manteve idêntica a redação do art. 8º, e fez singelas alterações na redação do art. 161, que na Emenda corresponde ao art. 168.

Assim, considerando o argumentado no tópico precedente, no sentido de que as “novas autorizações” denominadas autorizações regulatórias surgiram no seio de um processo de mutação dos serviços públicos que, no Brasil, ocorreu na década de 90 do Século XX, é por certo instigante notar que algumas Constituições brasileiras anteriores a essa época histórica já mencionavam a existência de autorizações para disciplinar a atuação de privados em campos econômicos de cunho infraestrutural, submetidos à titularidade estatal (da União).

Após a leitura das disposições constitucionais acima transcritas, principalmente de 1946 e 1967, não há como evitar a seguinte dúvida: por que as “autorizações regulatórias” surgiram no Brasil somente na década de 90 do século XX, como se alegou acima, se, constitucionalmente, já havia a previsão de autorizações habilitantes do exercício privado de atividades de titularidade estatal no setor de infraestruturas (transportes, energia elétrica, telecomunicações, etc.) desde 1946? Dessa indagação derivam outras duas: será então que as autorizações que aqui se denominam de “autorizações regulatórias” não surgiram antes do processo de reformulação dos serviços públicos, em meados do século XX? As autorizações

regulatórias não seriam, então, apenas uma nova feição das clássicas autorizações de polícia?

Ora, considerando-se os apontamentos e aportes doutrinários adiantados nos parágrafos e páginas precedentes, segundo se concluiu: (a) as “autorizações regulatórias” existem de forma autônoma, e não são mero adendo ou especificação das autorizações de polícia; (b) elas surgiram, no Brasil, apenas na década de 90 do século XX, e não antes. A conclusão impõe o ônus argumentativo necessário para demonstrar o raciocínio.

E a explicação reside na constatação de que, a despeito da existência de previsões constitucionais desde 1946 acerca da autorização como figura habilitante do exercício privado de atividades de titularidade da União, *na prática*, em razão das disposições infraconstitucionais que as concretizavam, tais autorizações não eram utilizadas com o sentido que passaram a sê-lo depois: naquela época, mediante a autorização, o particular autorizado poderia exercer apenas atividades que, a despeito de pertencerem ao setor público da economia, fossem de seu *interesse exclusivo* (é o exemplo típico da exploração de potencial hidrelétrico para fins industriais).

Assim é que, apesar da existência de previsão constitucional de autorizações para atividades infraestruturais alçadas à titularidade pública, a Administração Pública à época não se utilizava delas como modo de habilitar o particular a desempenhar atividades à coletividade, em regime de concorrência com outros prestadores. Daí que as autorizações, ainda que postas ao lado das concessões, não se prestavam para inserir o privado autorizado num cenário concorrencial de prestação de atividades qualificáveis como serviços públicos; senão, justo ao contrário, prestavam-se a “levantar a barreira” para que o privado, que não era o *domino* da atividade em questão, pudesse prestá-la em *interesse e proveito próprios* – e somente nessa hipótese poderiam ser expedidas. Noutros termos: as autorizações, a despeito de expedidas para franquear ao privado o acesso a atividades públicas, não possuíam o alcance de instituir cenário concorrencial na prestação de atividades à coletividade, qualificáveis como serviços públicos. Entendia-se que, quando a atividade estatal fosse prestada à coletividade, automaticamente se operaria sua qualificação como serviço público, e daí seguia a “inevitável necessidade” de sua exploração em regime de monopólio.

A conclusão, veja-se, é explicável historicamente, com base no argumentado anteriormente: antes da mutação dos serviços públicos no Brasil ocorrida em fins do século XX, os setores infraestruturais eram *monopolizados* pelo Estado, e a prestação de serviços à coletividade era dominada por gigantes estatais (TELEBRÁS, ELETROBRÁS) que, atuando em regime de exclusividade, encarregavam-se de dar vazão à demanda de toda a população. Como assevera Floriano MARQUES NETO, no modelo prevalecente até o final da década de 80, “firmava-se a ideia de que a melhor maneira de regular uma determinada utilidade pública era reservar sua exploração ao Estado”.³⁹³ Quando muito, as (poucas) outorgas realizadas no período configuravam o que Marçal JUSTEN FILHO denomina como sendo “concessões impróprias” (feitas de uma estatal a outra, comuns no setor de energia elétrica e de portos).³⁹⁴

Esse movimento de estatização das atividades infraestruturais (transportes, energias, telecomunicações, etc.) se iniciou no Brasil no governo Vargas, em 1934, prosseguiu durante os governos posteriores e atingiu seu ápice durante a Ditadura Militar.³⁹⁵ Não deve surpreender, destarte, que a Constituição Brasileira de 1946 – aquela que inseriu pela primeira vez um dispositivo com redação semelhante ao art. 21 da atual Constituição – tenha sido justamente a Constituição promulgada logo após o período da história nacional conhecido como Estado Novo (durante o Governo de Getúlio Vargas, portanto), período esse que retratou o início da *estatização* dos serviços públicos em solo nacional.³⁹⁶

Sobre o tema, explica Washington Peluso Albino de SOUZA que a doutrina clássica do liberalismo foi sendo adaptada para, num primeiro momento, admitir a *publicatio* das atividades econômicas, as quais continuariam, no entanto, sendo prestadas pelos privados em regime de concessão; e, num segundo momento, para

³⁹³ MARQUES NETO, A nova regulação dos serviços públicos... *op. cit.*, p. 19.

³⁹⁴ Sobre o tema, cf.: JUSTEN FILHO, Direito das Concessões... *op. cit.*, p. 117-129.

³⁹⁵ Esse movimento foi retratado à exaustão, no tocante ao setor elétrico brasileiro, em: SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. **Curso de Direito da Energia**. T. I. São Paulo: Instituto Geodireito, 2008, p. 131 e seguintes.

³⁹⁶ Alexandre Aragão aduz que “a superação do liberalismo oitocentista no Brasil deu-se apenas com o advento do Estado Novo”, em que [...] o Governo, inspirado pelo nacionalismo que desconfiava das multinacionais delegatárias dos serviços públicos e pelos conflitos com elas sobre os critérios de reajuste dos valores das tarifas pela chamada ‘cláusula-ouro’, iniciou o grande processo de estatização da prestação dos serviços públicos no Brasil” (ARAGÃO, Direito dos Serviços públicos... *op. cit.*, p. 62-63).

passar a sustentar a gestão dessas atividades pelo Estado.³⁹⁷ O próprio Getúlio VARGAS dissera:

Não sou exclusivista, nem cometeria o erro de aconselhar o repúdio do capital estrangeiro a emprega-se no desenvolvimento da indústria brasileira [...]. Mas quando se trata de indústria do ferro, com a qual havemos de forjar toda a aparelhagem dos nossos transportes e da nossa defesa; do aproveitamento das quedas d'água, que nos ilumina e alimenta as indústrias de paz e de guerra; das redes ferroviárias de comunicação interna, por onde se escoia a produção e por onde se movimentam, em casos extremos, os nossos exércitos, [...] não podemos aliená-los, concedendo-os a estrangeiros [...]. É aconselhável a nacionalização de certas indústrias [...]³⁹⁸

Nesse sentido, afirma Luiz Antonio SANCHES que “a Constituição Federal de 1946 pode ser considerada um momento de inflexão da infraestrutura nacional, haja vista a sinalização de atuação estatal direta nos setores de capital intensivo”, refletindo a continuidade com o ideário varguista de estatização de tais setores.³⁹⁹ Não à toa, a União – agora “dona” dos serviços de eletricidade – havia começado em 1945 (um ano antes) a atuar diretamente na atividade energética por meio de empresas estatais (em destaque a CHESF – Decreto-Lei n. 8.031/1945).⁴⁰⁰

Vitor SCHIRATO, igualmente, ressalta que a partir da Constituição de 1937 houve uma significativa transição no Direito Administrativo brasileiro, marcada pela “passagem de atividades privadas sujeitas a uma regulamentação pública, nos moldes norte-americanos, para atividades públicas, pertencentes ao poder público”.⁴⁰¹ Esse movimento é bem retratado pelo Código Brasileiro de Telecomunicações da época (Lei n. 4.117/1962):

Art. 42. É o Poder Executivo autorizado a constituir uma entidade autônoma, sob a forma de empresa pública, de cujo capital participem exclusivamente pessoas jurídicas de direito público interno, bancos e empresas governamentais, com o fim de explorar industrialmente serviços de telecomunicações postos, nos termos da presente lei, sob o regime de exploração direta da União.

§ 1º A entidade a que se refere este artigo ampliará progressivamente seus encargos, de acordo com as diretrizes elaboradas pelo Conselho Nacional de Telecomunicações, mediante:

[...]

b) incorporação de serviços hoje explorados mediante concessão ou autorização, à medida que estas sejam extintas.

³⁹⁷ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Do Econômico nas Constituições vigentes**. V. 2. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961, p. 140-142.

³⁹⁸ *Apud* FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. 3.ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 802-803.

³⁹⁹ SANCHES, Curso... *op. cit.*, p. 181.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 191-192.

⁴⁰¹ SCHIRATO, Livre iniciativa... *op., cit.*, p. 45.

Outro dado histórico deve ser reforçado: anteriormente à onda de estatizações, muitos dos serviços descritos no art. 5º da Constituição de 1946 eram de *competência municipal*, de modo que eram os municípios os entes federativos encarregados de geri-los em suas respectivas esferas de governo (sendo muito comum, também aqui, o recurso aos privados mediante concessões municipais).⁴⁰² Todavia, o movimento de nacionalização e de estatização dos grandes serviços públicos fez com que fosse necessário *centralizar* (federalizar) tais serviços nas mãos da União, a fim de facilitar sua administração (ou melhor, sua monopolização),⁴⁰³ fator que novamente explica a necessidade de uma previsão como a do art. 5º do diploma constitucional de 1946. Vale dizer: a estatização dependeu, para ser organizada e operacionalizada, de uma *centralização/federalização* dos serviços – ou seja, de sua assunção pela União.

Diante desses argumentos, nota-se que o fato de a Constituição de 1946, diploma que retrata um período de intensificação das estatizações e nacionalizações em solo brasileiro iniciado no governo Vargas, ter carreado a previsão do seu art. 5º, VII (“Compete à União explorar [...] mediante autorização ou concessão...”) não significa que se estava admitindo a possibilidade de utilização da figura da autorização como instrumento de habilitação dos particulares a atuarem nos setores em questão da forma como atuam hoje, ou seja, prestando as atividades públicas ali descritas à coletividade, em concorrência com outros prestadores ou mesmo com o próprio Estado.

Muito pelo contrário: a atribuição de sua competência à União tinha como pretensão instituir monopólios (públicos), lógica que, ao que parece evidente, não se coaduna com a prestação concorrencial de atividades à coletividade. Essa situação – mais fática do que jurídica, é bem verdade – acabou fazendo com que, a despeito da previsão constitucional de 1946 se assemelhar à atual, na prática, sua extensão

⁴⁰² Sobre o tema, com foco no setor de energia elétrica, aprofundar em: SANCHES, Luiz Antonio, *op. cit.*, p. 69 e seguintes; WALTENBERG, David A. M. O Direito da Energia Elétrica e a ANEEL. *In*: SUNDFELD, **Direito Administrativo Econômico...** *op. cit.*, p. 353-355; SCHIRATO, Geração de energia... *op. cit.*, p. 143-146.

⁴⁰³ Nas palavras de Walternberg, a energia elétrica deixou de ser um assunto de interesse local e passou a ser “assunto de interesse estratégico nacional” (WALTENBERG, O direito da energia... *op. cit.*, p. 355). Esse movimento centrípeto, aliás, permite explicar em boa parte a existência das supracitadas concessões impróprias em campos como o de energia elétrica, porquanto a federalização das atividades não importou a extinção das empresas públicas que existissem em âmbito local.

era bastante reduzida e limitada – ora, se até mesmo as concessões foram sendo paulatinamente abandonadas em prol da assunção direta pelo Estado da gestão dos serviços em regime de monopólio, o que dizer das autorizações?

Nesse ínterim, a previsão das Constituições de 1946 e de 1967 se destinou a formalizar que as atividades ali previstas passaram a ser de competência da União, e não mais de qualquer outra pessoa ou ente federativo, de sorte que as autorizações ali previstas acabaram por configurar apenas uma forma de *assentimento* do Poder Público a que o particular explorasse atividades de titularidade pública, que no entanto pudessem ser afeitas ao seu exclusivo interesse, sem qualquer abertura à coletividade.

Interessante perceber, seguindo esse raciocínio, que a redação original do art. 5º, XII da Constituição de 1946 (na redação primitiva, correspondia ao inciso VIII) sequer trazia a expressão “autorização” ao lado da concessão. O dispositivo relatava competir à União “explorar ou dar em concessão os serviços de telégrafos, rádio-comunicações e navegação aérea, inclusive as instalações de pouso, bem como as vias férreas, que liguem portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham o limite dum Estado”. Foi em decorrência de uma crítica de Ferreira de Sousa baseada no Código do Ar então vigente que a expressão “autorização” foi inserida no texto constitucional de 46, visto que, conforme aduz José DUARTE, “a Constituição não deve fechar a porta às *instalações particulares* e atribuir toda e qualquer instalação de pouso, mesmo de natureza privada, à União”.⁴⁰⁴ As instalações de “natureza privada”, que não deveriam ser atribuídas à União, reportam-se a casos de *interesse restrito do particular*, dono da instalação de pouso em questão.

É nessa medida que se justifica a afirmação antes feita: à época, as autorizações não funcionavam como instrumento de habilitação do privado para atuar em setores públicos infraestruturais, prestando atividades à coletividade em regime de concorrência, mas sim funcionavam como instrumento de remoção de óbice para que o particular acessasse atividade pública que, no entanto, seria por ele explorada em benefício exclusivamente próprio – é a lógica da exploração de minérios, quedas d’água e energias das Constituições de 1934 e 1937.

⁴⁰⁴ DUARTE, José. **A Constituição Brasileira de 1946**. 1º v. Rio de Janeiro: 1947, p. 264. Grifou-se.

Veja-se, para reforçar o raciocínio ora exposto, o conteúdo do art. 66 do Decreto n. 41.019, de 1957, que densifica o artigo 178 do Código de Águas e regulamenta os serviços de energia elétrica:

Art. 66. Depende de autorização federal a execução dos serviços:

a) de produção de energia elétrica pelo aproveitamento de quedas d'água ou outras fontes de energia hidráulica de potência superior a 50 kW e inferior a 150 kW e que *se destinem ao uso exclusivo* do respectivo permissionário;

[...]

c) de transmissão ou distribuição de energia elétrica, *quando se destinem ao uso exclusivo* do permissionário.

Ou seja: nos dois casos em que se fala de autorização para produção de energia elétrica a partir do aproveitamento hidráulico, o diploma legal regulamentador do Código de Águas expressamente restringe o uso que, do produto (energia), o privado autorizado poderia fazer, de sorte que o particular que auferisse a autorização somente atuaria no setor em proveito próprio, sem oferecer quaisquer serviços a terceiros – aliás, nos termos do art. 115, “d” do mesmo Decreto, era motivo de caducidade da autorização a utilização da energia para fins diversos dos autorizados.

Tal orientação já constava do próprio Código de Águas (Decreto n. 24.643/34), em seu art. 43:

Art. 43. As águas públicas não podem ser derivadas para as aplicações da agricultura, da indústria e da higiene, sem a existência de concessão administrativa, no caso de utilidade pública e, não se verificando esta, de autorização administrativa, que será dispensada, todavia, na hipótese de derivações insignificantes.

É por isso que Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, ao analisar este diploma legal, afirma que o regime de autorização não confere delegação de Poder Público ao outorgado, e a autorização somente é admitida “quando o *potencial for considerado pequeno* [...] ou quando a energia for destinada ao *uso exclusivo de quem a explora*”, de sorte que, do diploma legislativo em questão “se infere que a *autorização não faculta o comércio da energia produzida*”.⁴⁰⁵

⁴⁰⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 509.

A situação se reproduzia em outros setores, como o ferroviário, abordado pelo precursor do Direito Administrativo brasileiro, Guimarães MENEGALE. Neste, emitiam-se autorizações para as estradas de ferro de uso privado, “para a exploração permanente ou temporária de um comércio ou indústria próprios”, na qual as companhias ferroviárias construíam e exploravam as linhas férreas “a título de proprietários perpétuos”.⁴⁰⁶

Do Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei n. 7.565/86, pode-se sacar orientação semelhante:

Art. 177. Os serviços aéreos privados são os realizados, sem remuneração, em benefício do próprio operador (artigo 123, II) compreendendo as atividades aéreas:

I - de recreio ou desportivas;

II - de transporte reservado ao proprietário ou operador da aeronave;

III - de serviços aéreos especializados, realizados em benefício exclusivo do proprietário ou operador da aeronave.

Para subsidiar ainda mais o raciocínio, basta voltar os olhos para a antiga Lei dos Portos, lei n. 8.630, de 1993, recentemente revogada. Referida legislação, a despeito de produzida depois da Constituição de 1988 (e, portanto, sob o manto da redação do atual art. 21, XII), mencionava a figura da autorização como destinada a regular a situação em que o particular explorava atividade portuária para *uso próprio* em área fora do porto organizado, sem qualquer abertura à coletividade;⁴⁰⁷ ou de *uso misto*, em que o privado autorizado poderia movimentar cargas de terceiros, desde que o fizesse em caráter “subsidiário”, para evitar a ociosidade de seu terminal. Assim definiu Carlos Augusto da Silveira LOBO:

O terminal privativo é um verdadeiro estabelecimento da empresa a que pertence e integra sua atividade industrial ou comercial, até porque a finalidade precípua do terminal é a movimentação da carga própria, relacionada com o empreendimento. A movimentação de carga de terceiros visa a ocupar a capacidade ociosa do terminal.⁴⁰⁸

Em artigo específico sobre o tema, Carlos Ari SUNDFELD e Jacinto Arruda CÂMARA afirmam que as autorizações portuárias, no regime da lei anterior, não se

⁴⁰⁶ MENEGALE, Direito Administrativo... *op. cit.*, p. 620-621.

⁴⁰⁷ Art. 4º, §2º, II, “a” da Lei n. 8.630/93. Conforme Carlos Lobo, no caso de terminais portuários de uso exclusivo, “não há serviço prestado, pois é o próprio titular do terminal quem o utiliza com exclusividade” (LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Os terminais portuários privativos na Lei n. 8.630/93. **Revista de Direito Administrativo**, n. 220, Rio de Janeiro, abr./jun. 2000, p. 27-28).

⁴⁰⁸ LOBO, Os terminais... *op. cit.*, p. 28.

prestavam a criar um mercado competitivo no setor, o que poderia ocorrer apenas nas instalações de uso público. A existência daquelas autorizações, ao contrário, justificava-se “para servir ao seu titular”, de modo que se tratava de autorização para instalação de “auto-serviço”. No que toca à categoria “de uso misto”, afirmam que esta “não possui o condão de reverter a essência dessas instalações. Apesar de receberem esse perfil *misto*, continuam caracterizadas como de uso *privativo*, isto é, sua razão de ser permanece focada no auto-atendimento do titular da instalação”.⁴⁰⁹ E rematam, referindo-se às instalações de uso misto:

A Lei de Portos não criou, com essa categoria, uma segunda espécie de instalação portuária de uso público. Não foi esse o objetivo da lei. A diferença entre uma e outra é nítida ao se confrontar as características básicas atribuídas a cada uma. Nas de uso público, o mister é o atendimento de terceiros (do público). Nas de uso privativo (mesmo na subespécie *misto*), o foco é o auto-atendimento.⁴¹⁰

Segundo os autores, até existiria uma regulação destinada a criar mercado competitivo no setor portuário; no entanto tal mercado abrangeria somente as instalações de uso público. Referido cenário mudou somente no final de 2012, com a edição da Medida Provisória n. 595, convertida na nova Lei dos Portos (Lei n. 12.815/2013). Ou seja: mesmo sob a batuta da Constituição de 1988 e de seu art. 21, o Brasil conviveu (e segue convivendo, como se notará ao analisar a previsão das autorizações nos setores regulados) com autorizações que, a despeito de *constitutivas*, em muito reproduziam o ideário das tradicionais autorizações de polícia, conforme constatou Vitor SCHIRATO:

[...] verifica-se que a autorização no setor portuário estabelecido pela ANTAQ apresenta características diretamente relacionadas à noção mais tradicional de autorização no Direito Administrativo brasileiro, visto que condiciona a outorga da autorização, ainda que parcialmente, à existência de interesse próprio e particular do autorizatário, além de trazer determinados elementos diretamente relacionados aos atos precários.⁴¹¹

Carlos LOBO, acertadamente reconhecendo a existência de duas espécies autorizatórias no Direito Administrativo brasileiro (a autorização como modalidade de exercício de poder de polícia, contida no art. 170 da Constituição; e a autorização

⁴⁰⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacinto Arruda. Terminais portuários de uso misto. **RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, jul./set. 2008, p. 64.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 65.

⁴¹¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. A experiência e as perspectivas da regulação do setor portuário no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, jul./set. 2008, p. 183.

como forma de “delegação de serviços público”, descrita no art. 21 do diploma constitucional), constata, tendo em mira o anterior regime do setor portuário, ser nítido que as autorizações para os terminais privativos não configuram espécies de delegação de serviço público, tratando-se de autorização relacionada com o exercício do poder de polícia.⁴¹²

O cenário anterior do setor de portos comprova, portanto, que, para além das disposições constitucionais acerca da figura das autorizações, é necessário verificar a forma como elas foram previstas na legislação ordinária setorial, a fim de que ali se ateste qual a configuração que lhes foi atribuída pelo legislador e as funções a que se presta.

Uma segunda questão, também relevante, surge a partir da análise do acima citado art. 66 do Decreto n. 41.019/57: trata-se da utilização da expressão *permissionário* para designar a pessoa do privado que auferirá a *autorização* do Poder Público. A designação do particular autorizado como *permissionário* se repetiu em outros dispositivos do mesmo diploma:

Art 114. Não sendo renovada a autorização, o Govêrno poderá:

[...]

b) obrigar o permissionário a restabelecer o livre escoamento das águas.

Parágrafo único. Não caberá ao permissionário a indenização a que se refere a alínea a, se as obras tiverem sido estabelecidas sôbre terrenos do domínio público.

[...]

Art 116. A cessão total ou parcial da autorização e a mudança de permissionário, salvo nos casos de vendas judicias, dependerá de aprovação do Ministro da Agricultura.

Art 117. Não poderá ser impôsto ao permissionário outro encargo pecuniário ou *in natura* que exceder de 50% (cinquenta por cento) ao que caberia a uma concessão de potência equivalente.

É possível detectar, então, a equivalência feita pelo legislador entre a autorização e a permissão, até mesmo diante da já apontada polissemia que o vocábulo “autorização” possui, de sorte que é plenamente possível defender que a “autorização” mencionada pelo Decreto 41.019/1957 pode ter sido, afinal de contas, utilizada como sinônimo de *permissão*.

Essa “confusão” entre a permissão e a autorização – derivada da polissemia e de uma utilização atécnica dos vocábulos – parece ter sido reprisada no Código

⁴¹² LOBO, Os terminais... *op. cit.*, p. 26-27.

Brasileiro de Telecomunicações, citado acima, na medida em que alguns de seus dispositivos (art. 29, “d”, “i”; “aj”; arts. 30-33; art. 45; art. 100) trazem a expressão “concessão, autorização *ou* permissão (a utilização da conjunção “ou” pode conduzir ao entendimento de que permissão e autorização são sinônimos), o que se corrobora ao analisar outros dispositivos em que o legislador menciona apenas a concessão e a autorização, sem falar de permissão (art. 30, §2º; art. 33, §3º; art. 34, §1º; art. 36, §3º; art. 42, “b”; art. 44; art. 67; art. 68, “b”), e outros em que menciona apenas a concessão e a permissão, sem falar de autorização (art. 29, “n”; art. 64, “d”; art. 67, parágrafo único; art. 103, “a” e “b”; art. 108; art. 113; art. 118). A conclusão pode ser reforçada ao se constatar que a Lei em referência apenas estipula taxativamente as hipóteses de permissão (art. 33, §6º), sendo absolutamente silente no que tange às autorizações.⁴¹³⁻⁴¹⁴

Essa conclusão toma contornos ainda mais expressivos quando, voltando os olhos para o art. 5º, XII da Constituição de 1946, e 8º, XV, da Constituição de 1967, acima transcritos, constata-se que ambos não trazem a figura da permissão ao lado da concessão e da autorização, como faz a atual Constituição de 1988, em seu artigo 21, XII, fazendo menção apenas a “concessão ou autorização”. A doutrina mantinha a orientação, senão veja-se o que disse PONTES DE MIRANDA ao comentar a Carta de 69: “À União compete *explorar*; permite-se-lhe *autorizar* ou *conceder*. Até onde pode ir a autorização ou a concessão o texto não diz; mas é de notar-se que não se admite ser dada em tal extensão que possa constituir ameaça à defesa nacional”.⁴¹⁵

Diante disso, considerando que a doutrina tradicional também definia a *permissão* como “ato administrativo unilateral, discricionário e precário”,⁴¹⁶ pode-se sustentar que tanto na Constituição de 1946 quanto na Constituição de 1967 e na Emenda de 1969 a expressão “autorização”, posta somente ao lado da concessão,

⁴¹³ Dispositivos há, no entanto, que trazem a expressão “permissão e autorização”, com a conjunção e ao invés de *ou* (art. 29, “h”, “j” e “x”), o que demonstra a má técnica do legislador ao elaborar a norma em comento (atualmente quase toda revogada pela Lei n. 9.427/97, cuja redação é muito mais coesa, como se verá adiante).

⁴¹⁴ A confusão persiste inclusive na atual Constituição, conforme art. 177, V (“autorizadas sob regime de permissão”).

⁴¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**. 3.ed., t. II. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 38.

⁴¹⁶ É esse, por exemplo, o entendimento de: MELLO, Curso de Direito Administrativo *op. cit.*, p. 678-679; CARVALHO FILHO, Manual de Direito Administrativo, *op. cit.*, p. 409; MEIRELLES, Direito Administrativo Brasileiro, 34.ed., *op. cit.*, p. 411; DI PIETRO, Direito Administrativo, *op. cit.*, p. 226-227.

foi utilizada como sinônimo de permissão, divergindo, portanto, do sentido autônomo da expressão contido no art. 21, XI e XII da atual Constituição.

De todo modo e independentemente desse argumento, de tudo quanto exposto conclui-se que as previsões constitucionais do art. 5º, em 1946, e do art. 8º, em 1967, explicam-se por uma questão histórica: o movimento de estatização e monopolização dos serviços públicos e a consequente necessidade de exigir a assunção, *pela União*, das atividades antes titularizadas por privados ou pelos Municípios (federalização). Nesse passo, ainda que *formalmente* se possa identificar nas Constituições brasileiras desde 1946 a presença de autorizações de caráter *constitutivo*, que habilitavam os particulares a atuarem em setores de titularidade estatal, tem-se por certo que, *materialmente*, estas não funcionavam à época como passaram a funcionar a partir da década de 90 do séc. XX: como instrumentos de regulação pró-concorrencial que habilitam o particular a desempenhar atividades infraestruturais (em seu duplo aspecto: econômico e social) abertas à coletividade.

Na prática, destarte, as autorizações anteriormente à década de 90 não continham essa carga, e quando muito (considerando a existência de monopólios estatais nos setores econômicos que foram alçados à titularidade da União), implicavam mero assentimento do Estado para que o particular explorasse atividade que, a despeito de pertencer à esfera de titularidade pública, seria a ele acessível desde que adstrita à esfera de aproveitamento individual, vale dizer, de interesse exclusivo do particular autorizado.

Trata-se de uma modalidade de autorização, portanto, que, a despeito da natureza constitutiva e não mais declaratória (o particular autorizado atua em setor que não é de sua titularidade), em alguns aspectos muito se assemelha às tradicionais autorizações de polícia, já que por seu intermédio o Estado estava preocupado com elementos alheios à eficiência da atividade autorizada, que seria, afinal de contas, prestada pelo privado em seu próprio e exclusivo proveito, sem afetar a coletividade – aliás, era justamente para *evitar* que a atividade autorizada afetasse a coletividade que o Estado atuava, numa orientação clara do Estado Liberal.

A questão pode ser encarada também sob um prisma diverso: segundo Floriano de Azevedo MARQUES NETO, no período histórico em que o ente estatal era incumbido da produção das utilidades públicas em situação de monopólio, “a regulação se desenrolava sempre a partir do ângulo de visão do gestor do serviço”,

pautando-se muito mais nos “interesses das operadoras dos serviços (que os prestavam em regime de monopólio) do que visando a atingir interesses gerais da coletividade ou mesmo dos usuários dos serviços”.⁴¹⁷ Ora, nesse diapasão, se for verdadeira a afirmação de que o Estado ao regular os serviços não estava preocupado com os interesses dos usuários, e sim das prestadoras do serviço (ou seja, com uma espécie de interesse público secundário, na já citada classificação de Renato ALESSI), por certo que a emissão de autorizações para particulares atuarem em tais setores não refletia a intenção de instituir concorrência nos setores para melhorar a eficiência das prestações à coletividade.

Em assim sendo, quer sob o ângulo do movimento de federalização das atividades; quer sob a perspectiva da existência de monopólios estatais, em que não se imaginavam os privados autorizados como concorrentes do Estado; quer ainda sob a óptica da auto-referibilidade da regulação estatal dos serviços públicos, todos os caminhos levam a concluir que as autorizações previstas nas Constituições anteriores, na prática, não podem ser consideradas como detentoras das mesmas características que aquelas derivadas do processo de mutação dos serviços públicos, enquanto instrumentos regulatórios que golpeiam os monopólios na prestação de atividades à coletividade. Isso sem considerar, como visto, sua utilização pelo legislador ordinário como sinônimo de permissão, utilização que parece ter sido também a do Constituinte de 46 e 67, porquanto nos artigos 5º e 8º, respectivamente, apenas a autorização e a concessão são mencionadas, não havendo referência à permissão.

É por isso que Sara Jane Leite de FARIAS denomina esta modalidade de “autorização *clássica* de serviço público”, em contraste com as novas autorizações, destinadas à prestação, por privados, de serviços de titularidade estatal, abertos à coletividade. Nesse passo, a autora afirma que “a doutrina é uníssona quanto a um aspecto inerente às autorizações de serviço público clássicas: elas só podem ser conferidas no interesse do particular requerente”.⁴¹⁸ Para a autora, a grande guinada na compreensão das autorizações consiste justamente na sua adoção enquanto “instrumento de ingresso de novos agentes econômicos em cenários outrora fechados à competição”.⁴¹⁹ Ou seja: a relevância atual da figura da autorização está

⁴¹⁷ MARQUES NETO, A nova regulação estatal... *op. cit.*, p. 77.

⁴¹⁸ FARIAS, Regulação jurídica... *op. cit.*, p. 105.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. XV.

justamente na passagem do sistema monopolista para um regime de concorrência estabelecida entre concessionários, permissionários e autorizatários; a grande novidade está precisamente na utilização da autorização como instrumento de ordenação pública de serviços públicos.⁴²⁰

Destarte, as autorizações/permissões previstas desde a Constituição de 1946 para a habilitação do exercício, por privados, de atividades de titularidade pública, *materialmente*, não existiam na prática administrativa no sentido em que passaram a existir após as reformas da década de 90 no Brasil. A grande diferença entre as autorizações em comento está, portanto, na sua *finalidade*: (i) instrumento para permitir que privados acessem setores econômicos de titularidade estatal, neles atuando em seu exclusivo interesse (sentido dominante das autorizações sob a égide das Constituições de 46, 67 e Emenda de 69); ou (ii) instrumento de rompimento dos monopólios estatais e instauração de regime concorrencial na prestação de atividades *direcionadas ao público*, e não mais de interesse meramente restrito e exclusivo do autorizatário (sentido das novas autorizações regulatórias).

Essa nova finalidade das autorizações, aliás, está estampada na Lei n. 9.491/97, que instituiu o Plano Nacional de Desestatização:

Art. 4º As desestatizações serão executadas mediante as seguintes modalidades operacionais:

[...]

VI - concessão, permissão ou autorização de serviços públicos.

A conclusão que fica é, portanto, a seguinte: para se analisar a feição que as autorizações administrativas assumem na prática, não basta analisar a forma como foram constitucionalmente previstas – plano “estático”. É preciso ir além, e analisar o modo como foram tratadas pelo *legislador ordinário* em cada um dos setores de titularidade estatal em que a Constituição as tenha previsto – plano “dinâmico”. Somente uma leitura holista, que parta da Constituição e desemboque na legislação ordinária, permitirá ao intérprete compreender não somente a estática, como também – e principalmente – a dinâmica das autorizações, e as *funções* que desempenham na realidade.

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 1-2; 54.

Ante ao exposto, não parece correto apontar qualquer época histórica anterior à década de 90 do séc. XX como nascedouro das autorizações administrativas regulatórias no Brasil. Ainda que Constituições anteriores previssem as autorizações como instrumento para exploração privada de atividades públicas, na prática somente se permitia que tal exploração se desse em proveito próprio do particular autorizado, o que difere muito da conotação das autorizações instituídas após o processo de mutação dos serviços públicos, as quais concretizam a intenção do novel Estado de romper com os tradicionais monopólios públicos e inserir regime concorrencial na prestação de atividades de cunho infraestrutural, ainda que mantida a titularidade pública sobre elas.

3. CONCLUSÃO PARCIAL: AS AUTORIZAÇÕES DOS “CLIPS” E AS AUTORIZAÇÕES DOS “NEGÓCIOS”

Considerando (i) os contornos tradicionais das autorizações de polícia, elaboradas em consonância com um Direito Administrativo oitocentista e novecentista, ainda fortemente imbuído de notas de autoridade e pensado para operacionalizar a atuação de um Estado Liberal absenteísta; (ii) os contornos tradicionais dos serviços públicos e a mutação que sofreram no cenário europeu de liberalização; e (iii) as peculiaridades da mutação dos serviços públicos no Brasil, em que a derrocada dos monopólios públicos com promoção da prestação em regime concorrencial de atividades qualificáveis como serviços públicos não dependeu do rompimento do critério orgânico; (iv) a origem das autorizações regulatórias como instrumentos de habilitação de atuação privada em setores econômicos de titularidade pública; é possível concluir que, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, as autorizações administrativas não podem mais ser compreendidas como espécie unitária, monolítica e, mais que isso, estática.

Em verdade, a mutação dos serviços públicos acabou acarretando também uma *mutação das autorizações administrativas*, porquanto a mesma figura, sob a mesma denominação e com a mesma redação constitucional (“competem à União explorar, mediante autorização, a atividade tal ou qual”), passou a servir para casos diferentes e a desempenhar diversas funções: antigamente, as autorizações constitutivas serviam para autorizar o particular a desempenhar atividades públicas exclusivamente em interesse próprio; depois, passaram a ser utilizadas pelo

legislador como forma de autorizar o particular a desempenhar atividades públicas endereçadas à coletividade, em concorrência com outros prestadores. O foco da autorização passou, do interesse exclusivo do autorizatório, para o polo diametralmente oposto: a prestação endereçada à coletividade, com vistas à instituição de competição nos setores de infraestrutura.

Como afirma Egon Bockmann MOREIRA, o que não se pode é imaginar que os modelos teóricos do Direito (ainda mais do Direito Administrativo, um de seus ramos mais jovens) sejam tidos como monolíticos, universais,⁴²¹ estáticos ou atemporais, a ponto de tornar as gerações futuras reféns do entendimento propalado pelas gerações mais antigas.⁴²² Assim, após anotar que “não parece assistir qualquer razão constitucional para que se leia o termo ‘autorização’ apenas sob a óptica estrita do Estado Liberal oitocentista”,⁴²³ remata:

Logo, de duas uma: ou se atribui um e somente um significado à palavra “autorização”, como se fôssemos reféns de um dicionário antigo, tornando eterno e estática a compreensão outrora cunhada para as “autorizações de polícia” – e assim se defende uma confusão entre os conceitos, os setores econômicos e os preceitos da Constituição brasileira (como se tudo fosse uma coisa só [...]), ou se dissociam as autorizações administrativas tradicionais (art. 170) das autorizações do art. 21 da Constituição – e, em decorrência, se firma a autonomia destas autorizações em face do art. 175.⁴²⁴

É essa também a análise feita por Juarez FREITAS, que vê na evolução das autorizações administrativas um “elucidativo exemplo de como as concepções rígidas, as concepções nas quais nada pode ser alterado, revelam-se as mais frágeis. Nesse caso, a rigidez conceitual trabalha contra a própria rigidez”.⁴²⁵ E conclui:

Nenhuma definição purista contém o mundo em receptáculo estanque. O conteúdo, mais cedo ou mais tarde, escapa. Percebeu-se, faz tempo, que o Direito não convive bem com a imobilidade, de maneira que nele não há domicílio para a geometria conceitual que não reconhece que o movimento da vida modifica as formas jurídicas que a circundam.⁴²⁶

⁴²¹ MOREIRA, Direitos das Concessões... *op. cit.*, p. 59.

⁴²² MOREIRA, Exploração Privada dos Portos... *op. cit.*, p. 2. Adiante, desabafa, referindo-se à temática das autorizações: “A complicação está, sobretudo, em certos temas do passado do Direito Administrativo, que insistem em se fazer presentes e a impor a interpretação estática do Direito Constitucional brasileiro” (*Ibidem*, p. 6).

⁴²³ *Ibidem*, p. 7.

⁴²⁴ *Ibidem*, p. 8.

⁴²⁵ FREITAS, Direito fundamental... *op. cit.*, p. 318.

⁴²⁶ *Ibidem, idem*.

A conclusão é endossada por Jacintho Arruda CÂMARA, que aduz que a uniformidade conceitual da autorização administrativa jamais foi uma realidade nos países europeus que serviram de fonte à doutrina administrativista brasileira, de modo que “a elaboração de um conceito único para a autorização, na verdade, nunca passou de uma pretensão doutrinária que, sequer nesse cenário, chegou a ser atingida”.⁴²⁷ A partir disso, afirma que não existe um modelo único de autorização, extraível a partir de uma “Teoria Geral do Direito Administrativo”, de sorte que não se confirma a suposição da doutrina brasileira tradicional que defende a existência de um conceito único de autorização, tendo-se construído uma “realidade virtual, sem comprovação empírica”.⁴²⁸ E remata:

A análise do direito posto (e também do direito comparado contemporâneo) revela que não se pode advogar a existência de um conceito único de autorização (algo que acredito jamais ter existido fora dos manuais). A realidade jurídica revela a convivência de diversas acepções do termo autorização. [...] o caminho básico é abandonar a pretensão de se cunhar um conceito único do instituto. Na verdade, é impossível adotar, com base num exame fiel do direito positivo, um conceito geral que envolva todas as aplicações do instrumento *autorização*.⁴²⁹

No mesmo passo, em estudo direcionado à figura da autorização, reflete Miguel REALE ser um

[...] absurdo pretender-se que a todo ato administrativo deva corresponder a uma única forma. Dada a complexidade das relações intercorrentes, no mundo contemporâneo, entre o Estado e as pessoas jurídicas de Direito Privado, é frequente a constituição de atos administrativos nos quais se combinam e se estruturam *diversas formas exteriorizando direitos e obrigações neles estipulados*, dando nascimento a uma figura jurídica autônoma.⁴³⁰

Essa conclusão, aliás, não é nova, nem peculiar ao ordenamento brasileiro.

Em Portugal, mesmo antes do processo de liberalização relatado, Marcello CAETANO já alertava para a existência de outras autorizações para além das tradicionais autorizações de polícia:

⁴²⁷ CÂMARA, Jacintho Arruda. Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 629.

⁴²⁸ *Ibidem*, p. 630-631.

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 631-632.

⁴³⁰ REALE, Miguel. **Aplicações da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 142.

Convém aqui afastar duas confusões muito vulgares. A primeira consiste em pensar que todas as autorizações e licenças são atos de polícia. Ora não é assim: a autorização e a licença só têm natureza policial quando praticadas por uma autoridade com poderes de polícia no exercício desses poderes. Há pois numerosas autorizações e licenças que não revestem carácter policial. [...] E há ainda a considerar os casos muito frequentes de uma autorização ou licença originariamente imposta por lei apenas por razões de carácter policial ter passado com o tempo a justificar-se também por outros motivos, constituindo portanto uma intervenção da Administração com dupla natureza – policial e outra.⁴³¹

No mesmo sentido, aduz Juan Carlos CASSAGNE:

Distinguem-se as autorizações outorgadas no exercício de uma norma de natureza policial, daquelas outras onde – sem abdicar da potestade de controle – a Administração Pública procura orientar ou canalizar a atividade privada para a realização de planos, programas ou projetos regionais ou setoriais.⁴³²

De ARIÑO ORTIZ, extrai-se diferenciação entre as autorizações de carácter geral, de cunho discricionário, e as autorizações de carácter singular, setoriais, de cunho vinculado (denominadas licenças). Daí afirmar que o novo modelo insere as ditas licenças “entre a concessão e a autorização discricionária”.⁴³³

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomas-Ramon FERNÁNDEZ apontam que a legislação, não raro, aborda uma série de figuras muito próximas utilizando uma terminologia muito diferenciada (autorização, permissão, licenças, habilitação, etc.), de sorte que, em uma primeira aproximação, pareceria ajustado o intento de “construir um esquema dogmático unitário”. Ocorre que numa análise mais aprofundada, constata-se os autores ser de pouca utilidade o intento de explicação unitária de toda essa gama de figuras sob o manto de um mesmo “*genus* autorizatório”, de modo que devem ser tomados com receio os “esquemas e construções unitárias, cuja generalização [...] é em boa medida a causa da crise pela qual o conceito passa”.⁴³⁴ Após analisar as clássicas construções de Otto Mayer e Oreste Ranelletti, constata-se que “a realidade demonstrou ser muito mais complexa do que ambas as construções [...] permitiam suspeitar”, sendo “[...] cada vez mais ilusória a imagem de um direito pré-existente”.⁴³⁵ E prosseguem:

⁴³¹ CAETANO, Manual... *op. cit.*, p. 1167.

⁴³² CASSAGNE, La Intervención... *op. cit.*, p. 82.

⁴³³ ARIÑO ORTIZ, Principios... *op. cit.*, p. 613-614.

⁴³⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, Curso... *op. cit.*, vol. 1, p. 119-120.

⁴³⁵ *Ibidem*, p. 121.

A crise do esquema tradicional se fez especialmente aguda a partir do momento em que, afastando-se do âmbito próprio da ordem pública, na sua tripla dimensão compreensiva da tranquilidade, segurança e saúde públicas, em função do qual foi pensado dito esquema, a autorização se viu transplantada ao complexo campo das atividades econômicas, no qual desempenha sistematicamente um papel que não se reduz ao simples controle negativo do exercício de direitos, senão que se estende à regulação mesma do mercado, com o propósito decidido de orientar e conformar positivamente a atividade autorizada no sentido de alguns objetivos previamente programados ou, ao menos, implicitamente definidos nas normas aplicáveis.⁴³⁶

Para os autores, falar nestes casos de um direito pré-existente não somente é ilusório, como contradiz a realidade das coisas, visto ser absolutamente diversa a posição do sujeito autorizado antes e depois da autorização. Essa mudança de perspectiva exige, então, “a formulação de um novo conceito de autorização, capaz de compreender todas as suas diferentes variedades”, sem prejuízo de uma especificação das peculiaridades estruturais e funcionais de cada um de seus tipos. E rematam afirmando que isso tudo “não supõe abandonar totalmente a ideia clássica do direito pré-existente, que segue desempenhando um importante papel em relação a certo tipo de autorizações” e sim apenas prescindir da noção de direito pré-existente como elemento definidor geral, papel que não pode seguir desempenhando.⁴³⁷

O fenômeno foi compreendido também por Pedro GONÇALVES, para quem a crise do conceito de autorização correspondeu à impossibilidade de se aplicar a definição tradicional (remoção de obstáculos) a novos supostos em que esta carregava efeitos constitutivos não derivados de direitos da Administração. Assim, como tais atos não cabiam no conceito de concessão, passou-se a reconstruir a noção de autorização, que “deixa de ser *um ato* da Administração e passa a ser *uma categoria de atos* na qual se incluem diversas espécies”.⁴³⁸ Com GIANNINI, pode-se dizer que a variedade das autorizações não permite sua simples recondução à categoria do ato permissivo do exercício de um direito.⁴³⁹ O mesmo entendimento é esposado por Luciano PAREJO ALFONSO *et. al.*, para quem “não é possível

⁴³⁶ *Ibidem, idem.*

⁴³⁷ *Ibidem*, p. 122-123.

⁴³⁸ GONÇALVES, A Concessão de Serviços Públicos... *op. cit.*, p. 74.

⁴³⁹ GIANNINI, Diritto... *op. cit.*, p. 1093 e seguintes.

reconduzir a enorme variedade de regulações legais positivas do controle preventivo ou da autorização a um único regime jurídico substantivo”.⁴⁴⁰

É exatamente esse o caso das autorizações previstas, no Brasil, pela legislação dos setores de infraestrutura a partir da década de 90 do séc. XX. Essa constatação, apresentada por parcela da doutrina contemporânea na Europa (local em que, como visto, a noção subjetiva de serviço público perdeu boa parte de seu sentido diante do processo de liberalização), possui ainda mais sentido em solo nacional, em que (i) a mutação dos serviços públicos não dependeu do rompimento da *publicatio* sobre as atividades qualificadas como tal (art. 175 da CF/88); e (ii) a titularidade pública sobre as atividades autorizadas independe de sua qualificação como serviços públicos (art. 21 da CF/88).

Noutras palavras: se até na Europa – onde, por força das liberalizações, as atividades autorizadas são agora atividades *privadas* (assim como o são as atividades sujeitas às autorizações de polícia) – fala-se num novo conceito de autorização administrativa, razão ainda maior há para se falar disso no Brasil, em que as atividades sujeitas à autorização não são privadas, mas permanecem sendo de titularidade pública, por expressa dicção constitucional.

É por isso que afirma Sara de FARIAS que “há algum tempo o instituto da autorização vem sendo empregado fora do âmbito da polícia administrativa, fato que vem agregando outras características ao instituto”,⁴⁴¹ o que se relaciona à “evolução do provimento decorrente do novo cenário propiciado pelo processo de desestatização”.⁴⁴² Para a autora, “contemporaneamente, ao lado das autorizações tradicionais (discricionárias), existem também as autorizações vinculadas”, que possuem efeitos jurídicos diversos,⁴⁴³ e as autorizações podem ser consideradas “em sua forma clássica, no âmbito da atividade de polícia ou na forma atual”, sendo que “a existência de uma não exclui a da outra”.⁴⁴⁴

Nessa linha, afirma Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO:

O que se passa é que as figuras da *licença* e da *autorização*, que eram tradicionalmente próprias ao campo da atividade administrativa de *polícia*, migraram, para acrescer novas funções, ao expandido campo da atividade administrativa de prestação de *serviços públicos*, apresentando-se

⁴⁴⁰ PAREJO ALFONSO *et. al.*, Manual... *op. cit.*, p. 493.

⁴⁴¹ FARIAS, Regulação jurídica... *op. cit.*, p. 66.

⁴⁴² *Ibidem*, p. 86.

⁴⁴³ *Ibidem*, p. 122.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, p. 106.

modernamente transfiguradas, como instrumentos complementares de algum tipo de outorga, ao lado do tradicional vínculo de *delegação*. [...] A semelhança encontrada, que determinou esta transposição das duas figuras afins – da *licença* e da *autorização* – para o campo dos serviços públicos, se encontra na necessidade de impor um *novo tipo de regulação para certas atividades privadas, de modo muito similar ao que ocorre na função de polícia*, porém não mais para adequá-las a *cânones de segurança, salubridade, decoro e estética*, próprios dessa função, mas para os diferentes objetivos de submetê-las a *novos cânones públicos de universalidade, generalidade, qualidade e eficiência das prestações*.⁴⁴⁵

Igualmente, pondera Juarez FREITAS:

De fato, muitos administradores públicos assimilaram, desavisadamente, a autorização como puro ato administrativo precário e discricionário sob o pressuposto de que, ao longo de sua trajetória evolutiva, ninguém jamais relativizara criticamente o enfoque classificatório. É como se, de repetição em repetição, a rotina tivesse apagado o sábio vestígio das exceções constitutivas.⁴⁴⁶

Nesse senso, Egon Bockmann MOREIRA, ao interpretar a Constituição brasileira, afirma que “apesar de a palavra ser a mesma, parece fora de dúvida que a ‘autorização’ do art. 170 não se refere nem se aplica às do art. 21”.⁴⁴⁷

Conforme Almiro do COUTO E SILVA:

Não se deve, entretanto, confundir a “autorização”, ato de delegação de serviço público, com a “autorização” de certas atividades que, embora possam ter a aparência de serviço público, não implicam satisfação de interesses gerais ou coletivos (e, por isto mesmo, não são serviço público), mas visam a atender, exclusiva ou principalmente, interesses privados.⁴⁴⁸

Nessa aproximação, o tradicional conceito das autorizações administrativas, derivado de uma Administração Pública típica do Estado Liberal absenteísta e, por isso mesmo, útil para explicar a atividade administrativa de polícia (ou seja, de remoção de obstáculos ao exercício de uma atividade privada), não dá conta de traduzir com a mesma perfeição a atuação da Administração Pública vinculada a um ideário de Estado Regulador (ou Pós-Social, como se preferir), que lança mão dessa figura, a despeito de possuir idêntica denominação, para fins absolutamente

⁴⁴⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos Serviços públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 1, fevereiro de 2005, p. 15-16. Disponível na internet: www.direitodoestado.com.br. Acesso em 14.01.2013. Grifos no original.

⁴⁴⁶ FREITAS, Direito fundamental... *op. cit.*, p. 319.

⁴⁴⁷ MOREIRA, Exploração privada dos portos... *op. cit.*, p. 7.

⁴⁴⁸ SILVA, Em busca... *op. cit.*, p. 475.

diversos: essa modalidade autorizatória não se presta a remover obstáculo ao exercício de atividade privada, e sim, na qualidade de técnica regulatória, a habilitar o privado a atuar em campo de *titularidade pública*, outorgando-lhe o direito de explorar uma atividade de cunho infraestrutural aberta à coletividade (ou seja, uma atividade *qualificável como serviço público*), em regime de concorrência com outros prestadores.

Como conclusão parcial dessa segunda parte da pesquisa, portanto, sentenciamos que, no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, as autorizações administrativas não podem mais ser encaradas enquanto categoria única, monolítica, a possuir um único sentido, unívoco.⁴⁴⁹ Ao revés, devem as autorizações ser encaradas enquanto *gênero*, a abrigar (ao menos) duas principais espécies conviventes: as “autorizações dos clips” e as “autorizações dos negócios”.⁴⁵⁰

As “autorizações dos clips” são as velhas e clássicas autorizações de polícia, teorizadas no âmbito do Direito Administrativo tradicional, “dos clips”,⁴⁵¹ dotadas de imperatividade, unilateralidade, discricionariedade, precariedade, etc. Bem delineadas pela doutrina italiana clássica e definidas pela doutrina brasileira (inclusive contemporânea), elas se prestam a remover obstáculos ao exercício de determinada atividade por particulares, atividade essa inscrita na esfera da livre iniciativa privada – possuem efeitos declaratórios, portanto. Atualmente, como não poderia deixar de ser, continuam a existir nos campos em que a Administração

⁴⁴⁹ Aqui discordando frontalmente de José Carlos Laguna de Paz que entende possível sustentar que “a autorização é uma instituição unitária, que instrumenta o controle preventivo do exercício de uma atividade por parte de outro sujeito”, de modo que, apensar da pluralidade, complexidade e confusão normativa, “deve seguir mantendo-se o essencial do conceito clássico de autorização” (LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 27-29) Adiante, afirma que todas as autorizações têm em comum o “controle preventivo que um sujeito realiza a respeito da atuação de outro, com o fim de comprovar que reúne as condições que permite entender que tal comportamento não danificará seus interesses”. Nessa senda, a despeito de reconhecer que a diversidade dos possíveis objetos da autorização conduz à diversificação de regimes jurídicos, inexistindo um regime jurídico comum aplicável a todas elas, ainda assim afirma: “Em que pese sua variedade, a autorização oferece uma unidade conceitual e jurídica suficiente, que permite sua consideração como categoria unitária”, o que “permite identificar um conjunto de regras próprias, que ajudam a interpretar a normativa setorial” (*ibidem*, p. 35-37).

⁴⁵⁰ As expressões são inspiradas em texto de Carlos Ari Sundfeld, no qual o autor segrega o próprio Direito Administrativo em Direito Administrativo dos clips e Direito Administrativo dos negócios (SUNDFELD, Carlos Ari. O Direito Administrativo entre os *clips* e os negócios. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 87-93).

⁴⁵¹ “Direito administrativo do clips (DAC) é o da Administração de papelaria, que age por autos e atos, trata direitos e deveres em papel, é estatista, desconfia dos privados, despreza a relação tempo, custos e resultados, não assume prioridades” (SUNDFELD, O Direito Administrativo entre os clips... *op. cit.*, p. 89).

Pública exerce função de polícia: tanto é assim que possuem expressa previsão na Constituição de 1988, no seu art. 170, parágrafo único.

As “autorizações dos negócios” são as novas autorizações regulatórias, teorizadas no campo de um Direito Administrativo Econômico,⁴⁵² “dos negócios,”⁴⁵³ que acompanhou o processo de mutação dos serviços públicos iniciado em solo europeu, e que, no Brasil, por conta de peculiaridades ditadas pela Constituição, destinam-se a outorgar ao particular o *direito* de explorar atividades em setores infraestruturais de titularidade pública, em regime de concorrência regulada – e, por isso, são dotadas efeitos *constitutivos*. Possuem, igualmente, assento constitucional, sendo expressamente mencionadas no art. 21, XI e XII, e no art. 223 da Constituição de 1988.

Trata-se, assim, de duas modalidades autorizatórias absolutamente diversas, tanto em suas previsões normativas quanto em suas características e em seus regimes jurídicos. A conclusão de certa forma corrobora, do ponto de vista da dogmática jurídica, o que disse FORSTHOFF:⁴⁵⁴ a solução perpassa por uma dualidade de sistemas jurídicos, uma dualidade de regimes e de construções teóricas, consoante se esteja no domínio da “Administração Agressiva” (em que vale o Direito Administrativo Clássico e as corolárias autorizações oitocentistas de polícia) ou da “Administração Prestadora” e – aqui por nossa conta – “Reguladora” (na qual se insere o Direito Administrativo Econômico e as mais recentes autorizações regulatórias).

⁴⁵² A classificação que biparte “Direito Administrativo” e “Direito Constitucional” Econômicos é exposta em LAUBADÈRE, Direito Público Económico, *op. cit.*, p. 31-32. Interessante também a posição de Rolf Stober, para quem o Direito Administrativo Econômico é o Direito Constitucional Econômico concretizado (STOBER, Rolf. **Direito Administrativo Econômico Geral**. Edição adaptada da versão portuguesa de 2008. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 83). A substituição da qualificação “Tradicional” por “Econômico” não foi por acaso. O Direito Econômico, como acima já apresentado, representa uma alteração de perspectiva, que se “apoia sobre uma visualização diferente (da tradicional) e sobre um método diverso (do ortodoxo) de avaliação e classificação jurídica”, de sorte que “pensar Direito Econômico é optar pela adoção de um modelo de interpretação essencialmente teleológica, funcional”, concebendo-o como “um novo método de análise, substancial e crítica” (GRAU, A ordem econômica... *op. cit.*, p. 152-153). Se o ramo é autônomo ou não em relação ao Direito Administrativo, trata-se de algo que, como dito, não compete aqui analisar – e talvez nem tenha tanta utilidade, considerando a virtualidade da autonomia de ramos jurídicos, sempre didático-científica e nunca real.

⁴⁵³ O Direito administrativo dos negócios (DAN) é aquele dos que “se focam em resultados e, para obtê-los, fixam prioridades, e com as nelas gerenciam a escassez de tempo e de recursos. [...] Na Administração Pública, o ambiente mais propício ao DAN é o dos organismos que disputam mercado [...] ou que são responsáveis por serviços cuja falta ou deficiência possa levar à convulsão popular imediata [...] ou a perdas eleitorais” (SUNDFELD, O Direito Administrativo entre os clips... *op. cit.*, p. 89).

⁴⁵⁴ *Apud* SILVA, Em busca... *op. cit.*, p. 115.

Não se pode descuidar que, como toda classificação, essa separação entre “autorizações dos clips” e “autorizações dos negócios” não poderia deixar de apresentar certas “zonas de penumbra” intermédias,⁴⁵⁵ na medida em que existem autorizações administrativas que comungam de características de ambas as espécies autorizatórias, figurando a expressão “autorização” como uma verdadeira “expressão-camaleão”.⁴⁵⁶

É o caso, por exemplo, das autorizações de *uso de bem público*, mediante as quais o particular interessado adquire o direito de utilizar parcela do domínio público para nele atuar conforme seu desiderato.⁴⁵⁷

É o caso, também, das autorizações previstas pelo art. 5º da Constituição de 1946 e art. 8º da Constituição de 1967, acima analisadas: ainda que se prestassem a outorgar a um particular o direito de explorar atividades de titularidade estatal qualificáveis como serviços públicos, na prática, como demonstrado, elas eram emitidas apenas para que o particular autorizado atuasse exclusivamente em seu interesse e proveito próprios, sem qualquer prestação à coletividade (aliás, tais autorizações serviam justamente para evitar que o particular, em sua atuação, afetasse a coletividade).

É o caso, ainda, das autorizações para *exploração de recursos minerais* (que podem ser vistas, sob certo prisma, como autorizações de uso de bem público), descritas no art. 176, §1º da Constituição Federal e regulamentadas pelo Decreto-Lei n. 227/1967 (Código de Minas), em que o privado é autorizado a pesquisar ou lavrar recursos minerais, mas novamente sem qualquer afetação à coletividade. Mesmo que o art. 176, §1º da Constituição afirme serem tais autorizações expedidas “no interesse nacional”,⁴⁵⁸ é fácil constatar que a atuação do privado autorizado será egoística, com a finalidade estrita e imediata de obter proveito econômico, sem

⁴⁵⁵ Isso de modo algum invalida a afirmação feita, na medida em que, como cediço, nenhuma classificação jurídica pode ter a pretensão de dar conta de toda a realidade, que é sempre e invariavelmente mais rica. Nessa aproximação, parece frutífera a comparação das “autorizações dos clips e dos negócios” com os *tipos ideais* weberianos (WEBER, Max. A “Objetividade” do conhecimento na Ciência Social e na Ciência Política. In: **Metodologia das ciências sociais**. Parte I. São Paulo: Cortez, 1992, p. 107-154).

⁴⁵⁶ A expressão é de: GRAU, A ordem econômica... *op. cit.*, p. 101.

⁴⁵⁷ Sobre as autorizações no âmbito dominial, em específico, cf.: LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 143-154; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 335-339.

⁴⁵⁸ A expressão aspada, retirada do texto do dispositivo constitucional, parece fazer remissão à hipótese de exploração direta de atividade econômica pelo Estado, descrita no art. 173 (“relevante interesse coletivo”).

qualquer oferecimento de serviços fruíveis pela população (é esse o viés claro dos artigos 14 e 36 do Código de Minas, por exemplo).

Estas espécies de autorizações (e outras mais existentes no ordenamento), ainda que comunguem algumas das características das “autorizações dos negócios” (notadamente na medida em que são *constitutivas* – atribuem ao particular direito que não é de sua esfera de titularidade, ou seja, não lhe é “pré-existente”),⁴⁵⁹ assemelham-se muito mais às “autorizações dos clips”: trata-se de ato unilateral, discricionário e precário, mediante o qual o Poder Público autoriza o particular a utilizar bem público ou explorar atividades públicas de interesse privado em seu próprio proveito – e *somente* em seu próprio proveito.

Daí uma segunda conclusão que ora se extrai: para definir as mais recentes autorizações regulatórias, o elemento essencial não parece ser seu caráter *constitutivo*, que já existia nas autorizações de uso de bem público e que já se fazia presente em outras modalidades de autorização desde a Constituição de 1946 no Brasil. Ao revés, o principal elemento diferenciador das novas espécies autorizatórias surgidas a partir da década de 90 no Brasil é seu *aspecto finalístico*, ou seja, sua utilização enquanto instrumento de outorga de atividades públicas de cunho infraestrutural para prestação privada *aberta à coletividade* (não mais restrita ao interesse próprio do autorizado, portanto), com o fito de possibilitar a instauração de regime de concorrência na prestação de atividades qualificáveis como serviço público, que eram antes monopolizadas pelo Estado. Vale dizer: o foco está, mais que no aspecto constitutivo, na *funcionalização* da autorização como técnica concretizadora do “golpe de regulação” que institui a concorrência na exploração de atividades essenciais à coletividade, qualificáveis como serviços públicos.

É por isso que a expressão *autorização constitutiva*, ainda que muito diga para se contrapor às tradicionais autorizações de polícia, pouco diz para diferenciar, dentre as autorizações que são constitutivas, as “autorizações de negócios” e aquelas (como as autorizações de uso de bem público e as antigas autorizações dos setores de portos, eletricidade e telecomunicações, acima retratadas) que possuem um pé lá, um pé cá. Daí porque, considerando a intenção do legislador brasileiro a partir da década de 90 do século XX ao instituir essas autorizações, bem como levando em conta a natureza da atividade desempenhada pelo particular autorizado,

⁴⁵⁹ A natureza constitutiva das autorizações de uso de bem público é bem delineada em: LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 144-146.

preferiu-se denominar na presente pesquisa as novas autorizações (“autorizações dos negócios”) como autorizações regulatórias.

Destarte, como conclusão parcial ao cabo dessa segunda parte, demonstra-se a necessidade de se considerar a noção de autorização administrativa (principalmente no Brasil) enquanto gênero, e não mais enquanto espécie, haja vista a convivência, tanto na realidade fática quanto normativa nacional, de *no mínimo* duas espécies de autorizações: as clássicas autorizações voltadas à concreção do poder de polícia, ainda que atualmente passem por reformulações, e as mais recentes autorizações regulatórias, surgidas no bojo de um processo de mutação dos serviços públicos que, no Brasil, operou-se a partir da década de 90 do século XX.

Já notou Vasco da SILVA que o uso de expressões clássicas, com significados renovados, prende-se a uma lógica de preservação da tradição, de reprodução de “tiques linguísticos” que atribuem à expressão uma “carga mítica” e, por isso mesmo, transforma-a em “fórmula vazia”.⁴⁶⁰ A dogmatização e mistificação de concepções jurídicas oitocentistas foi igualmente criticada por Joan Prats I CATALÁ, que ressalta a impossibilidade de se apreender novas realidades com instrumentos e marcos teóricos conceituais derivados dos paradigmas tradicionais, situação que leva a um crescente “isolamento” do Direito Administrativo.⁴⁶¹

Quis o constituinte de 1988 utilizar, no art. 21, XI e XII, e no art. 223, a expressão “autorização”, já fortemente arraigada na doutrina administrativista pátria. Não parece ajustado, nessa medida, agravar ainda mais o quadro a ponto de, simplesmente porque mantida a forma, querer manter-se o conteúdo, como se a expressão “autorização” fosse unívoca e pudesse possuir somente um significado. Como bem notou Almiro do COUTO E SILVA, “o conceito constitucional de ‘autorização’ é mais amplo do que o corrente no direito administrativo nacional”.⁴⁶²

A doutrina administrativista não pode ter a pretensão de espancar a realidade fático-normativa vigente e já estabilizada há anos. Seu papel é descrever essa realidade e a partir dela construir com vistas à evolução técnico-científica, para a qual de nada contribui a desconstrução feita com olhos no passado e com a

⁴⁶⁰ SILVA, Em busca do acto... *op. cit.*, p. 497-498.

⁴⁶¹ CATALÁ, Joan Prats I. **Derecho y Management em las Administraciones Públicas** – Notas sobre la crisis y renovación de los respectivos paradigmas. Disponível no sítio eletrônico do Centro Latinoamericano de Administración para o Desenvolvimento (www.clad.org). Acesso em 22/08/2013.

⁴⁶² COUTO E SILVA, Privatização... *op. cit.*, p. 475.

misoneísta intenção de fazer sobreviver descrições e elementos tradicionais, muitas vezes baseados em paradigmas teóricos superados, assim impedindo que novas compreensões e novas doutrinas surjam.

Conforme advertiram GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, “[...] certa cautela é, pois, imprescindível na hora de analisar a técnica autorizatória, que sofreu, quiçá como nenhuma outra, as consequências do profundo câmbio da realidade sócio-econômica sobre a qual a Administração opera”.⁴⁶³ Com a cautela necessária, portanto, e considerando-se a premissa lançada que encara a técnica autorizatória enquanto gênero, e não como espécie, parte-se para a terceira e última parte da presente pesquisa, na qual se intenta delinear as características das denominadas autorizações regulatórias, que as particularizam das tradicionais autorizações de polícia.

Algumas dessas características, é bem verdade, já foram antecipadas no presente tópico em razão da necessidade de conceder amparo à presente conclusão parcial e demonstrar a pertinência de se enxergar a técnica autorizatória enquanto gênero e, assim, diferenciar suas espécies. No entanto, é importante retomá-las e aprofundá-las no tópico seguinte, juntamente com outras tantas, de forma a conferir ao estudo das mais recentes figuras autorizatórias a sistematização necessária para sua hígida compreensão.

⁴⁶³ GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNANDEZ, Curso... *op. cit.*, p. 120.

PARTE 3 – AS AUTORIZAÇÕES ADMINISTRATIVAS REGULATÓRIAS NO CENÁRIO CONTEMPORÂNEO

A digressão de fundo histórico realizada nos tópicos precedentes culminou na crucial constatação de que as autorizações administrativas não podem mais ser encaradas como espécie unitária, haja vista conviverem no ordenamento jurídico brasileiro ao menos duas principais significações da figura: uma de matriz tradicional (as autorizações de polícia) e uma mais recente, dotada de características diversas (as autorizações regulatórias).

No que tange às últimas, seu surgimento foi situado no bojo de um processo de mutação dos serviços públicos que, no Brasil, importou a ruptura de monopólios públicos nos setores de infraestrutura e a adoção de uma política econômica de estimulação da concorrência, ainda que mantido o critério da *publicatio*. Nessa medida, constatou-se que as autorizações regulatórias surgiram no Brasil na década de 90 do século XX, enquanto instrumentos de regulação pública da economia destinados à habilitação de privados para atuarem em setores econômicos infraestruturais titularizados pela União, em regime de concorrência.

Ante tal quadro, resta, finalmente, analisar os contornos que assumem as autorizações regulatórias, analisando suas características, as notas principais do regime jurídico que as conforma, dentre outras coisas.

Destarte, para se compreender as autorizações regulatórias e sua especificidade com relação às autorizações de polícia – a justificar, afinal, a presente dissertação –, é fundamental: (i) compreender a natureza jurídica da *atividade* que é objeto da autorização (Capítulo 1); (ii) analisar o regime jurídico a que estão sujeitas ditas autorizações (Capítulo 2); e (iii) a partir de “i” e “ii”, delinear a natureza jurídica e as características das *autorizações* em si (Capítulo 3). O Capítulo 4 se destina a apresentar alguns pontos de perplexidade relacionados à figura das autorizações regulatórias no cenário regulatório brasileiro contemporâneo.

Finalmente, o desfecho, ao invés de conter uma “conclusão parcial” como nas partes anteriores desta pesquisa, apresenta, juntamente com as considerações de aporte conclusivo, uma “indagação final”, condizente com a atual situação do tema pesquisado: haveria um futuro para as autorizações administrativas regulatórias? O objetivo do tópico, que certamente transborda os limites da dissertação acadêmica, tem a singela finalidade de pontuar algumas dúvidas e

indicar horizontes que talvez possam orientar a continuidade de pesquisas acerca do tema ora enfrentado.

É esse o itinerário traçado para as linhas que seguem.

1. NATUREZA JURÍDICA DA ATIVIDADE ALVO DAS AUTORIZAÇÕES REGULATÓRIAS: A POLÊMICA ENVOLVENDO OS ARTIGOS 21, 223 E 175 DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O primeiro ponto a ser enfrentado atine à natureza jurídica da atividade que se submete à autorização regulatória: se se trata de um serviço público “autêntico”, de um serviço público “impróprio/virtual”, de uma atividade econômica em sentido estrito, ou outra coisa. A análise é de importância fulcral para a delimitação dos contornos da autorização, visto que suas características estarão intrinsecamente relacionadas à natureza da atividade autorizada e, por consequência, ao regime jurídico a que se submeterá sua exploração.

Como já dito, as autorizações regulatórias possuem assento no art. 21, XI e XII, e no art. 223, todos da Constituição de 1988, que dispõem:

Art. 21. Compete à União:

[...]

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

[...]

Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

Note-se, desde já, que a redação literal dos dispositivos supracitados em momento algum qualifica as atividades arroladas em seus incisos e alíneas e dispõe

se elas são ou não serviços públicos, ao contrário do que faz a Constituição, por exemplo, ao tratar do serviço público de saúde (art. 198), de transporte coletivo de passageiros (art. 30, V), e o ADCT, ao tratar das telecomunicações (art. 66). Aliás, nem é esse o intento do art. 21: se utilizado como norte hermenêutico o “critério topográfico”, nota-se que a finalidade do art. 21 é discriminar as competências da União enquanto ente federativo, em contraste com os demais (Estados e Municípios), destacando materialmente atividades que somente ela, e nenhum outro sem seu aval, pode desempenhar.

Em verdade, percebe-se que o que faz a doutrina pátria digladiar-se a respeito da configuração do conteúdo das autorizações discriminadas no art. 21 da CF/88 não é a leitura isolada desse dispositivo, e sim seu cotejo com o art. 175 da Constituição – este, sim, relativo aos serviços públicos –, que assim dispõe, *verbis*:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Fácil notar que o art. 175 da Constituição de 1988, ao contrário do art. 21, faz referência expressa à temática dos serviços públicos. Fácil notar, também, que o art. 175 não elenca a autorização como instrumento de outorga de serviços públicos aos privados. É justamente dessas constatações que surgem as dúvidas. Afinal, qual a natureza da atividade autorizada nos termos do art. 21 e 223 da CF/88? Autoriza-se a prestação de serviços públicos? Tratar-se-ia, ao revés, de autorização para exercício de atividades econômicas privadas? Ou – se isso for possível – nenhum dos dois?

De acordo com Alexandre ARAGÃO, para quem – frise-se desde já – a mutação dos serviços públicos no Brasil *afastou parcialmente a titularidade estatal*, a questão nodal é: “Essas atividades econômicas liberalizadas que, junto com serviços públicos de titularidade estatal, hoje compõem a maioria dos setores de infraestrutura no Brasil, continuam sendo serviços públicos?”.⁴⁶⁴ Remata o autor:

A discussão, na verdade, é muito semelhante à inclusão ou não das chamadas atividades privadas regulamentadas (serviços públicos funcionais, objetivos, virtuais ou impróprios) no conceito de serviço público, já que essas atividades econômicas liberalizadas podem ser perfeitamente enquadradas em tal conceito, eis que, na maioria das vezes se submetem a

⁴⁶⁴ ARAGÃO, O serviço público e as suas crises... *op. cit.*, p. 426.

prévias autorizações operativas e se sujeitam a um constante acompanhamento de regulação.⁴⁶⁵

Analiticamente, resume Dinorá Musetti GROTTI:

Existem três possibilidades para se considerar a referência constitucional ao regime da “autorização” [...]: ou o art. 175 deixou de mencionar a “autorização” entre as modalidades de delegação de serviços públicos, ao lado da permissão e concessão; ou introduziu-se erroneamente o regime de autorização para um serviço público, conflitando com o art. 175; ou, finalmente, o regime de autorização estaria a demonstrar que alguns dos serviços elencados nos artigos 21 (incisos XI e XII) e 223 poderão ser prestados em regime de direito privado, típico das atividades econômicas, constituindo atividade econômica em sentido estrito, enquanto os demais, sujeitos ao regime de concessão ou permissão, seriam serviços públicos. Essa última interpretação serviu de fundamento para justificar a prestação de certas modalidades de serviços públicos em regime privado.⁴⁶⁶

Partindo desse ponto, demonstrar-se-ão a seguir as principais correntes doutrinárias acerca da natureza da atividade autorizada conforme art. 21 da Constituição (doravante, omitir-se-á a menção ao art. 223, visto que, para os fins desta pesquisa, a orientação é a mesma do art. 21, XII, “a”). No entanto, diverge-se parcialmente de Dinorá Grotti, haja vista que uma análise da doutrina nacional permite sistematizar as posições não em três, mas em *cinco* principais correntes:

(a) uma primeira corrente doutrinária entende que a autorização do art. 21 não pode se prestar a habilitar o privado a desempenhar serviços públicos, o que confrontaria com o art. 175 da Constituição. Assim, para seus defensores, a autorização ali referida se presta para atividades econômicas em sentido estrito,⁴⁶⁷ conferindo sua exploração no interesse próprio e exclusivo do particular;

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 427.

⁴⁶⁶ GROTTI, O Serviço Público... *op. cit.*, p. 163-164. A mesma abordagem é feita em: AGUILLAR, Direito Econômico... *op. cit.*, p. 312.

⁴⁶⁷ A distinção entre “serviço público” e “atividade econômica em sentido estrito” encontra amparo teórico, em destaque, no pensamento de Eros Grau, de acordo com o qual o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito são espécies do gênero “atividade econômica”, em sentido amplo. Para Grau, os serviços públicos são atividades prestacionais vocacionadas a satisfazer necessidades dos cidadãos, o que envolve bens, serviços e recursos escassos. Exatamente por esse motivo, integram o rol das atividades econômicas, numa relação entre gênero e espécie: atividade econômica é gênero que comporta duas espécies, atividade econômica em sentido estrito e serviço público (GRAU, A Ordem Econômica... *op. cit.*, p. 103-104). As atividades econômicas em sentido estrito, ligadas à potencialidade de exploração lucrativa, pertencem à livre iniciativa e são apenas excepcionalmente exploradas pelo Estado (art. 173 da Constituição), ao passo que os serviços públicos são, por definição, de titularidade estatal, exercidos sob regime peculiar, e ligam-se à satisfação do interesse social, com o fito de proporcionar coesão na sociedade *Ibidem*, p. 128-135).

(b) a segunda linha de entendimento considera, igualmente, como atividade econômica em sentido estrito a natureza da atividade autorizada, no entanto, admite que sua exploração se dê em benefício da coletividade, divergindo substancialmente da postura anterior;

(c) uma terceira postura admite a autorização para serviços públicos, desde que em caráter de emergência, situação esta que seria absolutamente excepcional e por tempo determinado;

(d) a quarta corrente interpreta o art. 21 em conjunto com o art. 175, e daí saca a possibilidade de as autorizações se prestarem a habilitar o privado a desempenhar autênticos serviços públicos, ainda que sob regime de direito privado;

(e) há ainda uma quinta corrente, para a qual a atividade autorizada não é nem serviço público (ante o óbice do art. 175) nem atividade econômica em sentido estrito, atinente ao campo da livre iniciativa, mas sim consiste num *tertium genus*, peculiar, de atividade pública prestada por privados.

As categorias, como em toda classificação, não são totalmente estanques e auto-excludentes, havendo a possibilidade de autores defenderem mais de um ponto de vista, concomitantemente – o que certamente não prejudica a tentativa de sistematização aqui realizada.

Parte-se de imediato à análise de cada uma das linhas, apresentando-se ao final a posição pessoal do autor acerca do tema.

1.1. Autorização para atividade econômica em sentido estrito, de interesse restrito do particular autorizado

Para a primeira corrente doutrinária, a autorização referida no artigo 21 da Constituição não pode ser destinada à prestação de serviços públicos, visto que

Daí se nota, superficialmente, que a atividade econômica em sentido amplo se subdivide em atividade econômica em sentido estrito (via de regra afeita à livre iniciativa, e assumida pelo Estado apenas excepcionalmente) e serviço público (de titularidade estatal, mas passível de outorga pelo Estado).

estes somente são exploráveis diretamente pelo Estado ou mediante concessão e permissão, nos termos do art. 175 da Constituição. Daí porque, para os autores que representam tal linha de raciocínio, referida autorização somente pode servir para habilitar os privados a atuarem nas áreas econômicas ali previstas (telecomunicações, energia elétrica, transportes, etc.), desde que, no caso concreto, reste configurado o desempenho de *atividade econômica em sentido estrito, aí compreendidas como atividades privadas restritas ao interesse/proveito do particular autorizado, sem qualquer afetação à coletividade*.

O grande mentor dessa postura doutrinária, no Brasil, é o célebre administrativista Celso Antônio Bandeira de MELLO.

Deve-se frisar, no entanto, que esse entendimento reflete a postura atual do jurista em referência, já que inicialmente o autor recusava em absoluto a aplicabilidade da figura da autorização para as atividades em questão. Veja-se o que constava da 13ª edição do seu afamado Curso:

O Texto Constitucional usa as expressões “autorização, concessão ou permissão”, por uma insuficiência técnica. Deveria ter-se referido a “concessão ou permissão”, pois a autorização diz respeito a atividades privadas que supõem, para seu exercício, prévia manifestação aquiescente do Poder Público, ao passo que a permissão, quanto a isso análoga à concessão, concerne a atividades de alçada do Estado, suscetíveis, entretanto, de serem exercitadas por particulares desde que o Poder Público os invista em tal poder.⁴⁶⁸

No entanto, a partir da 14ª edição de sua obra, de 2002, Bandeira de MELLO alterou seu posicionamento, e passou a defender:

Revisando ponto de vista anterior, entendemos, hoje, que a resposta se encontra no art. 175, que é aquele que cogita da normalidade da prestação de serviços públicos por sujeitos titulados pelo Estado. Já a expressão “autorização”, que aparece no art. 21, XI e XII, tem em mira duas espécies de situações:

a) uma, que corresponde a hipóteses em que efetivamente há serviço [...] *mas não propriamente serviço público*, mas serviço de interesse privado [...]. Aí, então, a palavra “autorização” foi usada no sentido corrente em Direito Administrativo para exprimir o ato de “polícia administrativa”, que libera alguma conduta privada propriamente dita, mas cujo exercício depende de manifestação administrativa aquiescente para verificação se com ela não haverá gravames ao interesse público;

⁴⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 608.

b) outra, a de abranger casos em que efetivamente se está em pauta um serviço público, mas se trata de resolver emergencialmente uma dada situação, até a adoção dos convenientes procedimentos por força dos quais se outorga permissão ou concessão.⁴⁶⁹

No presente tópico, analisa-se apenas a primeira das situações apresentadas pelo autor, ou seja: a admissão da autorização como ato de habilitação do particular para o exercício de atividade de titularidade da União que, na prática, não se qualifique como serviço público, eis que jungida ao interesse restrito do particular autorizado. O autor confirma sua postura em outro escrito, afirmando, no que tange às atividades contempladas no inciso XI do art. 21, que “nem todas serão necessariamente prestadas em favor da coletividade. Podem sê-lo em benefício do próprio sujeito ou de um restrito grupo. Vale dizer: não serão serviços públicos, sem embargo de estar sob a competência da União autorizá-las”. Nessa medida, “por se constituírem em atividades exercidas no interesse pessoal, e não em atividades públicas, não teriam por que estarem sujeitas ao regime protetor, específico de serviço público, acobertador de interesses do todo social”.⁴⁷⁰

José dos Santos CARVALHO FILHO corrobora o entendimento, afirmando ser inaceitável falar-se em serviços públicos autorizados, porquanto inexistente autorização para a prestação de serviços públicos. Nas palavras do autor, a atividade autorizada “há de refletir interesse exclusivo ou predominante de seu titular, ou seja, haverá na atividade autorizada interesse meramente privado, ainda que traga alguma comodidade a um grupo de pessoas”.⁴⁷¹ Para o autor, a autorização “é ato administrativo discricionário e precário pelo qual a Administração consente que o indivíduo desempenhe atividade de seu *exclusivo ou predominante interesse*, não se caracterizando a atividade como serviço público”,⁴⁷² sem possuir como mote trazer benefícios para o grupamento social.

Marcos Juruena Villela SOUTO, utilizando como premissa a ausência de previsão de licitação para expedição das autorizações, refletia que “[...] a

⁴⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 617. A postura se mantém nas edições mais recentes: cf., por exemplo, MELLO, Curso... 25.ed., *op. cit.*, p. 678-679.

⁴⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Concessão de Serviço Público e Autorização ante o art. 175 da CF. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Pareceres de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 363.

⁴⁷¹ CARVALHO FILHO, Manual... *op. cit.*, p. 409.

⁴⁷² *Ibidem*, p. 408.

Administração só pode utilizar a autorização quando não houver predominância do interesse público sobre o particular”.⁴⁷³ Noutra obra, afirmou:

O relevante é que a autorização não seja utilizada quando a atividade puder afetar interesses públicos, a demandar permissão ou concessão, precedidos de licitação; a autorização nada mais é que uma chancela da Administração a um interesse predominantemente privado que não afete o interesse público”.⁴⁷⁴

O autor, no entanto, reconhece que esse entendimento foi superado pela nova Lei Geral de Telecomunicações, conforme adiante se demonstrará.

Registre-se também o pensamento de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO. Segundo afirmação da própria autora, até a 17ª edição de seu Curso (2004) ela sustentava que a autorização não poderia existir como forma de delegação de serviço prestado ao público, porque o serviço seria prestado apenas no interesse exclusivo do autorizatório. A autora declara, no entanto, que seu entendimento acerca das autorizações mudou a partir da 18ª edição, passando a admitir prestação de serviços à coletividade mediante a atividade autorizada.⁴⁷⁵

Ocorre que não se nota da leitura da obra da autora uma efetiva e profunda reformulação de seu posicionamento. Em passagem extraída de sua 22ª edição, afirma que o art. 21 contém delegação de serviços públicos “para atendimento de necessidades coletivas, com prestação a terceiros (casos da concessão e da permissão), *ou para execução no próprio benefício do autorizatório*”.⁴⁷⁶ Noutra passagem, afirma que por intermédio da autorização o poder público “delega a execução de um serviço público de sua titularidade, para que o particular o execute predominantemente em seu próprio benefício”.⁴⁷⁷

Esse entendimento é extraível, também, de outra obra de sua autoria, quando afirma que a autorização de serviço público “é dada no interesse exclusivo do particular que a obtém; ele não exerce uma atividade que vá ser usufruída por terceiros, mas apenas por ele mesmo”, ou seja,

⁴⁷³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Concessões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 31.

⁴⁷⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, desestatizações, terceirizações**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 342.

⁴⁷⁵ DI PIETRO, Direito Administrativo, *op. cit.*, p. 226.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 227. Grifou-se.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 303.

[...] aquela mesma atividade que constitui serviço público propriamente dito, quando prestado diretamente pelo Poder Público ou pelas concessionárias ou permissionárias, praticamente perde essa qualidade quando prestado mediante autorização, por faltar-lhe uma característica essencial que é o atendimento de necessidades coletivas.⁴⁷⁸

Ao que parece, destarte, a posição da autora continua pertencendo à corrente aqui descrita.

Parece ser essa também a posição de Eros Roberto GRAU, ao tratar dos serviços de transporte aquaviário (em específico, o escoamento de produção agrícola, conforme debatido pelo Supremo Tribunal Federal no RE n. 220.990-7) e afirmar que estes não são serviços essenciais à sociedade e, assim, não se caracterizam como serviços públicos, sendo passíveis de autorização.⁴⁷⁹

1.2. Autorização para atividade econômica em sentido estrito, passível de prestação à coletividade

Os autores que representam esta corrente sustentam que, a despeito de o serviço autorizado consistir uma atividade econômica em sentido estrito, posto que impossível a autorização para serviços públicos, esta não necessariamente se restringe ao “proveito exclusivo do particular autorizado”, podendo, ao revés, haver prestação à coletividade – desde que não a ponto de qualificar a atividade como serviço público.⁴⁸⁰

É essa a opinião de Marçal JUSTEN FILHO. Para o autor, as atividades referidas nos incisos do art. 21 da CF/88 poderão ou não ser qualificados como serviços públicos, de acordo com as circunstâncias e segundo a estruturação que se verificar como necessária.⁴⁸¹ Prossegue:

Existirá serviço público apenas quando as atividades referidas especificamente na Constituição envolverem a prestação de utilidades destinadas a satisfazer direta e imediatamente o princípio da dignidade da pessoa humana ou quando forem reputadas como instrumentos para

⁴⁷⁸ DI PIETRO, Parcerias... *op. cit.*, p. 152.

⁴⁷⁹ GRAU, A ordem econômica... *op. cit.*, p. 132-133. O entendimento aí esposado conflita com o que consta logo adiante na mesma obra, quando o autor admite a autorização no caso dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e de imagens, a despeito de os enquadrar expressamente como serviços públicos (*ibidem*, p. 139-140).

⁴⁸⁰ Nota-se, assim, que o cerne da divergência entre as duas primeiras correntes reside na definição de serviço público: enquanto para a primeira corrente existe serviço público sempre que determinada atividade pública seja prestada à coletividade, para a segunda é possível a prestação de atividades públicas à coletividade sem que ela seja necessariamente qualificada como serviço público.

⁴⁸¹ JUSTEN FILHO, Teoria Geral..., *op. cit.*, p. 44.

satisfação de fins essenciais eleitos pela República brasileira. Mas sempre que se verificar a oferta de utilidades desvinculadas da satisfação de necessidades inerentes e essenciais à integridade do ser humano ou de modo a não afetar finalidades políticas essenciais, configurar-se-á uma atividade econômica em sentido estrito, a ser desempenhada sob o regime da livre iniciativa.⁴⁸²

De acordo com JUSTEN FILHO, portanto, o elenco do art. 21 deve ser interpretado no sentido de que somente haverá serviço público se presentes alguns requisitos específicos e determinados, atinentes à relação entre a atividade desempenhada e a satisfação de necessidades vinculadas à dignidade da pessoa humana ou a finalidades políticas essenciais, o que conduz à conclusão de que, se as hipóteses contidas no art. 21 da CF/88 não conduzem necessariamente ao surgimento de um serviço público, extrai-se a possibilidade de que se configurem como atividades econômicas em sentido restrito.⁴⁸³

Daí, no raciocínio do autor, não se poder falar em autorização de serviço público, porquanto “a expressão *autorização* é absolutamente incompatível com a existência de um serviço público”; para JUSTEN FILHO, “havendo serviço público, não é o caso de outorga de autorização. Sendo outorgada autorização, não existirá serviço público”.⁴⁸⁴ Adiante, afirma: “concedem-se serviços públicos; autorizam-se serviços privados”.⁴⁸⁵ Sintetiza:

Logo, e como o art. 21, incs. X a XII, da Constituição refere-se expressamente tanto à concessão como à autorização a propósito de certas atividades, tem de concluir-se que elas comportam exploração sob ambas as modalidades jurídicas. Dito de outro modo, as referidas atividades configurarão, em alguns casos serviço público. Mas isso não elimina a possibilidade de sua qualificação como atividade econômica em sentido restrito. Outra tese hermenêutica conduziria à inutilidade da expressão *autorização*, explicitamente consagrada na redação constitucional.⁴⁸⁶

Noutra oportunidade, enfatiza:

[...] a utilização constitucional do vocábulo “autorização” legitima a conclusão de que as atividades referidas, por exemplo, no art. 21, XII,

⁴⁸² *Ibidem, Idem.*

⁴⁸³ O autor reprisa o entendimento em seu Curso, afirmando que a utilização do vocábulo “autorização”, no art. 21 da Constituição, “decorre da possibilidade de certas atividades configurarem-se ou como serviço público ou como atividade econômica em sentido estrito, a depender das circunstâncias e das características (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 656).

⁴⁸⁴ *Ibidem*, p. 45.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 130.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, p. 45.

alínea “b”, comportam a exploração não apenas como serviço público, mas também admitiram o tratamento como uma atividade econômica subordinada aos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa. Assim, uma mesma atividade referida no art. 21 poderá ser explorada sob dois regimes jurídicos distintos. Quando se configurar um serviço público, haverá concessão (ou permissão). Mas se a lei estruturar a exploração pelos particulares como uma atividade puramente econômica, será prevista a *autorização* como requisito de legitimidade da referida atuação.⁴⁸⁷

A grande diferença da opinião do autor com relação à doutrina anteriormente exposta reside na ausência de restrição dos efeitos da autorização ao “interesse exclusivo do particular”. Novamente nas palavras do autor:

[...] o ponto central reside em determinar os requisitos de configuração de um serviço público. O que se defende é que não basta a oferta de utilidades a pessoas indeterminadas para surgir um serviço público. O fundamental é a pertinência entre a utilidade ofertada e a necessidade a ser satisfeita. Dito em outras palavras, *serviço público* não é sinônimo de *serviço ao público*. Indica serviço indispensável, diretamente relacionado com a satisfação de necessidades essenciais à integridade do ser humano.⁴⁸⁸

Nesse raciocínio, ao que parece claro, a autorização do art. 21 refere-se a atividades que, *qualificáveis como serviço público* por possuírem certas características, na prática se despem desses caracteres, tornando-se atividades econômicas em sentido estrito, por não se referirem à satisfação de necessidades relacionadas à dignidade da pessoa humana ou a interesses políticos fundamentais. O autor, ao contrário da corrente anterior, admite que a atividade autorizada – enquanto atividade econômica em sentido estrito – seja prestada em favor da *coletividade* (“serviço público não é sinônimo de serviço ao público”), desde que não se destine a concretizar necessidades básicas da população, caso em que se estaria diante de serviço público, impassível de prestação via autorização.

Defende esse pensamento, também, Alexandre Santos de ARAGÃO. Em obra recente, o autor sinaliza pertencer à primeira das correntes doutrinárias aqui apresentadas, visto afirmar que, quando as leis setoriais se referem à autorização administrativa, há duas possibilidades: (i) a atividade em questão, a despeito de

⁴⁸⁷ JUSTEN FILHO, O regime jurídico dos operadores... *op. cit.*, p. 90.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, p. 47. Em texto versando sobre o regime dos portos, o autor reflete que a autorização serviria para a exploração de infraestrutura portuária de uso privativo, e *apenas* para dita exploração (JUSTEN FILHO, O regime jurídico dos operadores... *op. cit.*, p. 121-122). Note-se, no entanto, que tal pensamento do autor deriva das disposições legais então incidentes sobre o setor portuário (o artigo data de 2006) que, como visto na Parte 2 desta pesquisa, realmente limitavam a autorização aos casos de “auto-serviço”. Atualmente, como se verá adiante, a novel legislação do setor portuário (editada em 2013) admite a figura da autorização para prestação de serviços a terceiros.

integrar o setor, não é serviço público, eis que visa apenas à *satisfação das necessidades do próprio autorizatório*, caso em que se está diante de autêntica autorização de polícia; (ii) a atividade é serviço público, caso em que a autorização retratará uma delegação de serviço público, e, assim, será apenas *nominalmente* uma autorização, e *materialmente* será uma concessão ou permissão, configurando o que o autor denomina de “autorização contratual”.⁴⁸⁹ No entanto, a impressão é desfeita ao se analisar o restante da produção do autor, onde aprofunda a análise do assunto.

Isso porque, para ARAGÃO, as atividades previstas no art. 21 foram parcialmente *privatizadas*, passando da esfera de titularidade pública para a livre iniciativa privada, e sujeitando-se à regulação exógena pela via da autorização. Nas palavras do autor, houve a “convolação de alguns serviços públicos até há pouco reservados ao Estado em atividades privadas, ainda que sujeitas a intensa regulação”, prestadas em concorrência com os serviços públicos.⁴⁹⁰ Ou seja:

[...] algumas das atividades previstas no art. 21 teriam sido, mais do que apenas desestatizadas (delegação à iniciativa privada de atividades titularizadas pelo Estado), realmente privatizadas, ou seja, teriam saído da órbita público-estatal e passado para o mercado, para a livre-iniciativa privada, sujeitas, naturalmente, à regulação exógena.⁴⁹¹

Nessa óptica, os serviços enumerados nos incisos XI e XII do art. 21, observado o princípio da proporcionalidade, teriam sido parcialmente privatizados, tornando-se atividades econômicas privadas de interesse público submetidas à regulação (que o autor encara como sendo uma regulação de polícia, ao afirmar que a União os regula “seja como poder concedente, seja como titular do poder de polícia autorizativo”).⁴⁹² Noutras palavras: para ARAGÃO, concedem-se e permitem-

⁴⁸⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 438. Daí afirmar que o importante é identificar a atividade regulada: “se serviço público, o consentimento da Administração Pública será concessão ou permissão [...]; se atividade privada, ainda que integrante de um setor onde também há serviços públicos, será autorização”. E conclui: “não é pelo fato de a lei ou o regulamento se referir nominalmente a ‘autorização’ que, como em um passe de mágica, a atividade deixa de ser serviço público (ou monopólio público) para ser uma atividade privada. [...] É a natureza estatal ou privada do serviço que determina a forma, e não vice-versa” (ARAGÃO, Curso... *op. cit.*, p. 438-439). O raciocínio também consta em: ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos... *op. cit.*, p. 690-695. Em sentido semelhante, Marçal Justen Filho afirma existir o “risco de qualificar-se como autorização uma avença dotada de outro conteúdo”, eis que versando sobre serviços públicos, caso em que “a figura apresenta apenas o nome de autorização” (JUSTEN FILHO, Curso... *op. cit.*, p. 656).

⁴⁹⁰ ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos... *op. cit.*, p. 214-215.

⁴⁹¹ *Ibidem*, p. 217.

⁴⁹² *Ibidem*, p. 222.

se serviços públicos; autorizam-se atividades *privadas* que, previstas no art. 21 como de competência da União, foram parcialmente privatizadas pelo legislador ordinário, que as deslocou para a esfera da livre iniciativa, sujeitando-as à obtenção de uma autorização de polícia (ainda que com características diversas, consoante adiante se exporá). O autor as denomina de “atividades privadas regulamentadas”, sujeitas a uma “autorização operativa”. Noutra oportunidade, o autor afirma:

Ao se referir à prestação de serviços mediante autorização, a Constituição incluiu entre os serviços públicos atividades não titularizadas pelo Poder Público. Apenas a concessão e a permissão transferem a particulares a execução de serviços públicos de titularidade estatal. As autorizações são instrumento de ordenação pública de atividades de titularidade privada.⁴⁹³

E remata:

O que podemos constatar então, é que a Constituição Federal deu certa margem de discricionariedade ao Legislador em relação às atividades enumeradas nos incisos X a XII do art. 21 para, diante principalmente das evoluções tecnológicas propiciadoras da concorrência e por força do Princípio da Proporcionalidade, caracterizá-las como serviços públicos propriamente ditos, e, portanto, de titularidade exclusivamente estatal, ou como serviços públicos impróprios ou virtuais, ou seja, como atividades privadas sujeitas a uma regulação de natureza autorizativo-operacional.⁴⁹⁴

Com base nisso entende-se porque, conforme antes apresentado, o autor afirma que “autorização contratual” se configura materialmente numa concessão ou permissão caso envolva a delegação de serviços de titularidade estatal: em sua visão, a autorização mencionada no art. 21 da CF serve para atividades *privadas*, eis que privatizadas pela legislação infraconstitucional.

Endossa essa corrente, também, Vitor SCHIRATO, para quem as atividades sujeitas à autorização, nos termos do artigo 21 da Constituição Federal, “não têm como objeto a delegação de um serviço público”, e sim de “atividades desenvolvidas em setores que muitas vezes são setores de serviços públicos, as quais, não raro, serão materialmente concorrentes dos serviços públicos”. Em sua visão, as autorizações do art. 21 referem-se a “atividades econômicas privadas que demandam um grau maior de regulação estatal, em razão da estrutura de mercado na qual se inserem”.⁴⁹⁵ Ou seja: para o autor, as atividades autorizadas

⁴⁹³ ARAGÃO, Agências Reguladoras... *op. cit.*, p. 151.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, p. 174.

⁴⁹⁵ SCHIRATO, Livre iniciativa... *op. cit.*, p. 316-317.

mencionadas pelo art. 21 da CF não são serviços públicos, e sim atividades privadas, exploráveis pelos privados em regime de concorrência com os serviços públicos (a prestação é, portanto, aberta à coletividade, e não restrita ao proveito exclusivo do autorizado).

Por fim, colhe-se de Fernando AGUILLAR que o regime de autorização previsto no art. 21 da CF é a “prova de que *alguns* serviços [...] não são públicos, constituindo atividade econômica em sentido estrito, enquanto os demais, sujeitos ao regime de concessão ou permissão, seriam serviços públicos”,⁴⁹⁶ o que também permitiria inserir o autor na corrente aqui estudada.

1.3. Autorização para outorga de serviço público em caráter emergencial

A terceira postura doutrinária admite as autorizações como modalidade de outorga de serviços públicos aos particulares, desde que em caráter excepcionalíssimo e se verificada situação de urgência/emergência, o que justificaria o afastamento (provisório) da regra do art. 175. Aqui, retoma-se a segunda das situações apresentadas por Celso Antônio Bandeira de MELLO para a admissão das autorizações do art. 21, consoante citação realizada no tópico anterior.⁴⁹⁷

Hely Lopes MEIRELLES é claro:

Serviços autorizados são aqueles que o Poder Público, por ato unilateral, precário e discricionário, consente na sua execução por particular para atender a interesses coletivos instáveis ou emergência transitória. Fora destes casos, para não fraudar o princípio constitucional da licitação, a delegação deve ser feita mediante permissão ou concessão.⁴⁹⁸

O mesmo caminho é trilhado por Lúcia Valle FIGUEIREDO, para quem a autorização, enquanto ato administrativo unilateral, discricionário e precário, só se “presta para serviços públicos *emergenciais, não constantes*”,⁴⁹⁹ por Carlos Pinto Coelho MOTTA, que afirma ser a autorização utilizada “de maneira eventual e

⁴⁹⁶ AGUILLAR, Direito Econômico... *op. cit.*, p. 312.

⁴⁹⁷ Relembrando, trata-se da autorização para “casos em que efetivamente se está em pauta um serviço público, mas se trata de resolver emergencialmente uma dada situação, até a adoção dos convenientes procedimentos por força dos quais se outorga permissão ou concessão” (MELLO, Curso... *op. cit.*, 25.ed., p. 678-679).

⁴⁹⁸ MEIRELLES, Direito Administrativo Brasileiro, *op. cit.*, p. 411. O entendimento já vem de edições anteriores do autor: conferir 6.ed., 1978, p. 364.

⁴⁹⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 123.

emergencial”;⁵⁰⁰ e por Edmir Netto de ARAÚJO, que admite as autorizações para serviços públicos somente “para atividades eminentemente transitórias e situações emergenciais”.⁵⁰¹

Ancorada no art. 3º, IV do Decreto n. 952/93,⁵⁰² Carmen Lúcia Antunes ROCHA afirma que a autorização “caracteriza-se pela natureza ocasional da delegação, pelo prazo limitado e, em geral, curto, para a prestação de serviços em caráter emergencial ou especial”. Aprofunda a autora:

Serviços públicos autorizados somente poderiam ser aqueles que tivessem uma condição de prestação eventual, necessária em face de uma situação não permanente, incomum, ou aqueles que [...] não pudessem, em determinado momento, ou sob certa condição,⁵⁰³ ter a sua continuada prestação sem o auxílio do particular autorizado.⁵⁰³

Também defende essa linha de pensamento Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO:

Os autorizados de serviços públicos são entes privados, executores de administração associada de interesses públicos de natureza econômica por parceria, instrumentada por ato administrativo que delega precariamente a um particular a execução de certos serviços públicos em caráter instável, emergente ou transitório.⁵⁰⁴

De acordo com essa postura, superada a situação de urgência/emergência ensejadora da utilização da autorização, esta deve ser extinta e substituída por uma concessão ou permissão, a depender do caso.

1.4. Autorização para outorga de serviço público, ao lado da concessão e da permissão

A quarta corrente doutrinária diverge das duas primeiras por admitir a figura da autorização para a prestação de serviços públicos, e da terceira porque não a

⁵⁰⁰ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas concessões, permissões e parcerias**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 28.

⁵⁰¹ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 166.

⁵⁰² O Decreto tratava da outorga de permissão e autorização para exploração de serviços de transporte rodoviário de passageiros, e foi revogado pelo Decreto n. 2.521/98 (daí a autora tê-lo citado, eis que sua obra data de 1996).

⁵⁰³ ROCHA, Estudo sobre a concessão... *op. cit.*, p. 176.

⁵⁰⁴ MOREIRA NETO, Curso... *op. cit.*, p. 311. A seguir, o autor complementa afirmando a possibilidade de a caracterização de um serviço privado autorizado derivar da desnecessidade de se arcar com “grandes desembolsos financeiros” (*Ibidem*, p. 312).

restringe aos casos de emergência. Nesse caminho, a autorização do art. 21 da Constituição reporta-se, da mesma forma que a concessão e a permissão, a autênticos e regulares serviços públicos, de sorte que a atividade autorizada é um serviço público tanto quanto a atividade outorgada via concessões e permissões.

Defende esse ponto de vista Almiro do COUTO E SILVA. O autor introduz seu raciocínio afirmando que a inserção da expressão “autorização” no art. 21 da Constituição, “em lugar de um lapso” ou um “cochilo” do constituinte, parecer ser antes “um forte indício de que sua intenção [...] foi a de possibilidade maior flexibilidade à atuação da União em face de certas atividades econômicas de interesse coletivo”, de modo que à União cabe escolher “entre a execução direta da atividade ou do serviço ou permitir a execução por particulares, mediante autorização, concessão ou permissão”.⁵⁰⁵ E prossegue:

Por uma interpretação a *contrario sensu* do art. 175 poder-se-ia entender que só seriam públicos os serviços prestados mediante concessão ou permissão. Assim, a execução, por terceiro, dos serviços e atividades referidos nos incisos XI e XII do art. 21, mediante autorização, induziria desde logo a conclusão ou de que aqueles serviços não eram públicos ou, embora públicos, seriam de algum modo distintos dos delegáveis mediante concessão ou permissão. Dizendo de outro modo: só estes últimos, os serviços delegáveis mediante concessão ou permissão, porque expressamente considerados pelo art. 175, seriam (a) serviços públicos, ou (b) serviços públicos *stricto sensu*, e os demais, executados mediante autorização, ou (a) não seriam serviços públicos, rompendo-se, assim o vínculo orgânico com o Estado, ou (b) seriam serviços públicos *lato sensu*, com características menos severas e subordinados a regime jurídico mais brando do que os vigentes para o serviço público em acepção estrita.⁵⁰⁶

Após refletir que as atividades mencionadas no art. 21, em razão dos avanços tecnológicos, não compõem um bloco uniforme (nos moldes da exploração tradicional de serviços públicos pelo Estado), e que os serviços públicos, portanto, fragmentaram-se, o autor reflete, ao tratar do autoprodutor de energia elétrica (art. 26 da Lei n. 9.427/97):

[...] ter-se-á de levar em conta que o autoprodutor pode comercializar o excedente de energia por ele produzida, desde que eventualmente e em caráter temporário. [...] Seria ele, então, neste caso, prestador de serviço público, valendo a autorização como ato de delegação? Entendo que sim.⁵⁰⁷

⁵⁰⁵ COUTO E SILVA, Privatização no Brasil... *op. cit.*, p. 459.

⁵⁰⁶ *Ibidem*, p. 459-460.

⁵⁰⁷ *Ibidem*, p. 464.

E reprisa o entendimento, ao tratar da autorização para prestação de serviços de telecomunicações em regime privado:

Parece-nos, pois, que o serviço de telecomunicações prestado em regime privado, por várias empresas concorrentes, com liberdade para fixação de preços, não deixa, só por isso, de ser serviço público, uma vez que é de interesse geral, prestado mediante delegação do Poder Público e sujeito a regime jurídico especial.⁵⁰⁸

Adiante, remata:

[...] ainda que prestados em regime privado, e situados em ambiente de competição e concorrência, mas num mercado constantemente vigiado pelo Estado, os serviços por este delegados a particulares mediante concessão, permissão e autorização, continuam sendo, em quaisquer hipóteses, serviços públicos, devendo ser assim considerados para todos os efeitos.⁵⁰⁹

Essa posição é compartilhada por Diógenes GASPARINI, para quem:

[...] a autorização de serviço público é o ato administrativo discricionário e precário mediante o qual a Administração Pública competente investe, por prazo indeterminado, alguém, que para isso tenha demonstrado interesse, na execução e exploração de certo serviço público.⁵¹⁰

Revisando posicionamento anterior, apresentado acima, Marcos Juruena Villela SOUTO passou a admitir a possibilidade de se utilizar das autorizações para outorgar “a prestação, em regime privado, de serviços públicos”.⁵¹¹

No mesmo passo, Dinorá GROTTI afirma que:

[...] o art. 21 lista atividades que somente podem ser desempenhadas diretamente pela União ou mediante autorização, permissão ou concessão, o que importa necessariamente no reconhecimento de que são serviços públicos, já que onde não existe serviço público próprio do Estado, não cabe falar em concessão e permissão como forma de prestação.⁵¹²

Em monografia específica, Sara Jane Leite de FARIAS assevera:

[...] quando o legislador Constituinte estabeleceu que determinadas atividades poderiam ser executadas por agentes autorizatários, ele quis dar um maior elastério ao conceito de serviço público, a fim de possibilitar um

⁵⁰⁸ *Ibidem*, p. 473.

⁵⁰⁹ *Ibidem*, p. 478.

⁵¹⁰ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 325.

⁵¹¹ SOUTO, Direito Administrativo Regulatório, *op. cit.*, p. 72-73.

⁵¹² GROTTI, O Serviço público... *op. cit.*, p. 91-92.

dúplice regime jurídico de sua prestação, isto é, tal previsão constitucional permitiu uma maior abrangência da noção de serviço público, para abarcar, também, aquelas atividades previstas no art. 21, incisos XI e XII, da CRFB, prestadas mediante autorização.⁵¹³

Adiante, argumenta que “ontologicamente, as atividades arroladas no art. 21, incisos XI e XII (quando executadas mediante autorização), continuam a ser tratadas como serviços públicos”, no entanto, sua disciplina legal poderá adotar outro regime jurídico, pautado nos princípios inerentes às atividades econômicas.⁵¹⁴

Postura um tanto diversa é adotada por Sílvia Ferreira da ROCHA. Para o autor, a autorização do art. 21 é ato pelo qual a Administração delega a execução de uma atividade qualificada como serviço público a um particular, desde que o particular realize a atividade “não em benefício da coletividade, mas em seu próprio benefício”.⁵¹⁵ Note-se, nesse ponto, que a despeito de o autor mencionar ser a atividade autorizada qualificada como serviço público – e, nessa medida, aproximar-se da corrente doutrinária ora descrita –, o fato de restringir seu alcance ao proveito exclusivo do particular autorizado atenua tal qualificação, permitindo inscrever seu posicionamento a meio caminho entre a primeira e a quarta corrente.

Destarte, para os autores defensores dessa corrente, a autorização mencionada pelo art. 21 da Constituição, em leitura conjugada com o art. 175 e ainda que nele não reprisada, alberga hipótese de autêntica outorga de serviços públicos por parte da União. Note-se a divergência com relação ao entendimento emanado da corrente doutrinária anterior, na medida em que não há restrição da utilização da autorização aos casos de emergência transitória.

1.5. Autorização de uma atividade *sui generis*

A última posição doutrinária é apresentada, no Brasil, por Egon Bockmann MOREIRA – de maneira praticamente isolada. O autor constrói seu raciocínio a partir da premissa de que a Constituição de 1988 instituiu um sistema capitalista de iniciativa dual, composto por dois setores econômicos: o público (iniciativa do Estado – serviços administrativos, serviços públicos em sentido estrito e atividades

⁵¹³ FARIAS, Regulação jurídica... *op. cit.*, p. 8.

⁵¹⁴ *Ibidem*, p. 116. A autora confirma tal entendimento a seguir (*ibidem*, p. 121). Em sua visão, portanto, trata-se de “atividade caracterizada constitucionalmente como serviço público, entretanto, disciplinada pelo legislador infraconstitucional como atividade econômica” (*ibidem*, p. 155).

⁵¹⁵ ROCHA, Sílvia Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 577.

econômicas desempenhadas pelo Estado) e o privado (livre iniciativa econômica). Afirma que, em ambos os setores, o sistema instituiu “barreiras de entrada”: para atuar no setor privado da economia, o Estado necessita de previsão normativa (art. 173 da CF); para atuar no setor público da economia, o particular depende de previsão normativa, aliada a um ato de outorga da atividade em questão.⁵¹⁶

Nessa medida, segundo o autor, no que toca às hipóteses de prestação exclusiva de uma atividade sob regime de concessão ou permissão (na ausência de previsão constitucional da autorização, portanto), a solução é única: as atividades são serviços públicos e submetem-se ao art. 175 da Constituição, e, assim, somente podem ser prestadas sob o regime do serviço público. Entretanto, naqueles serviços em que se prevê a possibilidade de exploração via autorização, instala-se uma terceira hipótese:

A Constituição fixa a regra e transfere ao legislador ordinário a competência para decidir se o serviço será: *ou* prestado única e diretamente pela União [...]; *ou* prestado mediante outorga pela União a particulares, através de concessões e permissões de serviços públicos (regime de direito privado administrativo, com aplicação do art. 175 da CF, Lei Geral de Concessões e lei setorial específica); *e/ou* prestado pelas pessoas privadas mediante autorizações (regime de direito privado administrativo, com aplicação da respectiva lei setorial).⁵¹⁷

Para MOREIRA, portanto, a autorização prevista no artigos 21 da CF é “categoria *sui generis* de outorga de específicos serviços imputados ao Estado, que não se submeterão apenas ao mesmo regime da concessão e da permissão – mas sim àquele regime jurídico positivado pelo legislador ordinário”.⁵¹⁸ E remata, explicitando sua posição:

A rigor, a autorização tornou-se um *tertium genus*: não é o regime próprio dos tradicionais serviços públicos, nem tampouco do extrato comum a todas as atividades econômicas privadas. Trata-se da autorização para o exercício privado de determinadas tarefas econômicas de titularidade da

⁵¹⁶ MOREIRA, Direito das Concessões... *op. cit.*, p. 59-65.

⁵¹⁷ *Ibidem*, p. 65-66.

⁵¹⁸ *Ibidem*, p. 66. Trata-se do que o autor, arrimado nas lições de Hans Julius Wolf, denomina como sendo um “regime híbrido de direito privado administrativo”, um “direito privado especial da Administração” (*Ibidem*, p. 62). Sobre o regime de “Direito Privado Administrativo”, aprofundar em: WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. **Direito Administrativo**. V. 1. Trad. Francisco de Souza. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 305 e seguintes; MAURER, Direito Administrativo Geral, *op. cit.*, p. 42-48; ESTORNINHO, Requiem... *op. cit.*, p. 174-179; IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. **El Derecho Administrativo Privado**. Madri: Montecorvo, 1996; MOREIRA, Direito das Concessões... *op. cit.*, p. 62 e seguintes.

União que não se submetem restritivamente ao regime das concessões e permissões de serviços públicos.⁵¹⁹

Resta estampada a particularidade e especificidade do pensamento do autor com relação às demais correntes, porquanto: (i) a atividade autorizada não é um serviço público propriamente dito (muito menos um serviço público “emergencial”), já que o regime jurídico da atividade autorizada não se pauta no art. 175 da Constituição; (ii) a atividade autorizada não é uma atividade econômica privada, posto que é, nos termos do art. 21 da Constituição, titularizada pela União, e não pelos privados.

Daí a proposta do autor de encarar as autorizações administrativas previstas no art. 21 como um *tertium genus*, ou seja, algo que se situa *entre os serviços públicos (conforme tradicionalmente concebidos) e as atividades econômicas em sentido estrito (de titularidade privada)*, o que se reflete, por sua vez, na peculiaridade do regime jurídico de sua exploração, que se entremeia ao regime público e ao regime privado.

O mesmo entendimento é apresentado por Alexandre Ditzel FARACO. Após constar a fragilidade da noção de serviço público como critério para delimitar a natureza de uma atividade, conclui o autor que o que importa distinguir no texto constitucional “são as atividades de titularidade do setor privado (que só excepcionalmente poderão ser prestadas pelo Estado) daquelas de titularidade do setor público”⁵²⁰ – premissa idêntica, portanto, àquela da qual parte Egon Bockmann Moreira para construir seu raciocínio. Prossegue:

Quando houver menção expressa ao regime jurídico de serviço público, dele o legislador ordinário não poderá afastar-se. Em outras hipóteses, haverá espaço para uma opção, podendo o ente público titular da atividade escolher a forma pela qual deverá ser feita sua prestação. Isso verifica-se, basicamente, no tocante às atividades referidas no art. 21 da Constituição, quando o termo *autorização* é empregado ao lado de *concessão e permissão*. Como o art. 175 da Constituição Federal, ao tratar do regime de serviço público, refere-se apenas à prestação direta pelo Estado ou a estas duas formas de delegação aos particulares, conclui-se que a expressão *autorização* abre alternativa para estabelecer-se um regime diverso às respectivas atividades.⁵²¹

⁵¹⁹ *Ibidem*, p. 68. Grifou-se.

⁵²⁰ FARACO, Regulação... *op. cit.*, p. 124.

⁵²¹ *Ibidem*, p. 125.

Reconhece FARACO que este “regime diverso” não será idêntico ao das atividades econômicas privadas, porquanto a atuação estatal será muito mais marcante “em razão da titularidade do ente público sobre as respectivas atividades”.⁵²² E desfecha, elucidando seu entendimento ao enfocar o setor de telecomunicações:

Como o art. 175 estabelece que o regime de serviço público é caracterizado pela prestação direta pelo Estado ou por *concessão* ou *permissão*, conclui-se que a referência à *autorização* permitia que certos serviços de telecomunicações fossem prestados em regime outro que não o de serviço público. Caberia ao legislador ordinário, ao disciplinar as hipóteses do inc. XII, definir qual seria o mais apropriado para cada caso. [...] essa alteração não retira do Estado a titularidade sobre o setor. Apenas confere uma margem maior de escolha com relação à forma pela qual esses serviços poderão ser prestados. Assim, a submissão da atividade a um regime de *autorização*, ao invés de um regime de serviço público, não implica sua transformação em atividade econômica de titularidade privada. A atividade continua sendo do Estado, integrando o feixe de prerrogativas que instrumentalizam o atendimento de certos interesses consagrados na Constituição Federal.⁵²³

Não se encontraram outras fontes doutrinárias reconduzíveis a esta corrente.

1.6. A nossa posição

Categorizadas as principais posições doutrinárias acerca do tema pesquisado, apresenta-se a opinião pessoal do pesquisador a respeito da natureza jurídica da atividade autorizada nos moldes do art. 21 da Constituição de 1988.

A conclusão demanda uma prévia e indispensável incursão acerca da noção de serviço público a ser adotada – afinal de contas, de nada adianta afirmar ser a atividade autorizada ou não serviço público sem, previamente, demarcar e precisar o que se entende por esta noção, sob pena de se recair em insuperável indeterminação conceitual.

⁵²² *Ibidem, idem.*

⁵²³ *Ibidem*, p. 128.

1.6.1. Questão preliminar fundamental: a noção de serviço público adotada

São diversos os prismas a partir dos quais a noção de serviço público pode ser classificada.⁵²⁴ Tomando-se como base o histórico da noção de serviço público, acima delineado, pode-se sustentar que a jurisprudência do Conselho de Estado francês, pautada na doutrina clássica, inicialmente atribuiu à noção um sentido amplíssimo, vinculando-a quase que estritamente à *publicatio* sobre a atividade em questão. Nessa aproximação, praticamente toda atividade desempenhada pelo Estado era considerada serviço público, ressaltando-se sobremaneira o critério orgânico da noção. Essa circunstância reproduziu-se, evidentemente com algumas peculiaridades, na Itália, na Espanha e na Alemanha.⁵²⁵

Contudo, como também já se enfrentou, a noção de serviço público passou por mutações em solo europeu, a principal delas sendo justamente a superação do critério subjetivo e sua substituição por um conceito formal, pautado no regime jurídico a que a atividade qualificada como serviço público (agora denominada “serviço de interesse econômico geral”) passa a ser submetida. Ou seja: de um serviço público em sentido subjetivo, passou-se a um serviço público em sentido formal, reconduzido ao que se denominam “obrigações de serviço público”.

Ocorre que a mutação conceitual encontrou particularidades no Brasil em razão de disposições constitucionais específicas, a principal delas, segundo aqui se defende, sendo a necessidade de *manutenção do critério orgânico como definidor das atividades qualificadas como serviços públicos*, nos termos do art. 175 da Constituição. Com correção consigna Almiro do COUTO E SILVA que “normas constitucionais impedem, portanto, que se adote em nosso país um conceito de serviço público sem vínculo orgânico com o Estado”,⁵²⁶ o que faz com que, no

⁵²⁴ Alexandre Santos de Aragão classifica as concepções em amplíssima (advinda da escola clássica francesa, equivalendo o serviço público a todas as atividades desempenhadas pelo Estado), ampla (serviços públicos seriam todas as atividades prestacionais do Estado), restrita (restringe-se às atividades prestacionais *uti singuli*) e restritíssima (parte da concepção restrita e, com base no art. 175 da CF, exclui as atividades que não sejam de titularidade estatal exclusiva) (ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos... *op. cit.*, p. 138-143). Esta é apenas uma das formas de se classificarem os serviços públicos, diversas outras existem. A título de exemplo, a instigante apresentação de Morenilla, que separa a noção de serviço público enquanto (i) princípio finalista; (ii) título jurídico de intervenção pública; (iii) atividade de prestação da Administração pública (MORENILLA, La actividad... *op. cit.*, p. 487 e seguintes).

⁵²⁵ Nesse sentido, cf.: JUSTEN, A noção de serviço público... *op. cit.* p. 78-79; 104-107; 129-133.

⁵²⁶ COUTO E SILVA, Privatização no Brasil... *op. cit.*, p. 477.

ordenamento brasileiro, seja inadequado afirmar que, tal qual na Europa, tenha ocorrido a total superação do critério subjetivo para a definição de serviço público.⁵²⁷

A grande mutação conceitual nos serviços públicos no Brasil foi, portanto: (i) o afastamento da ligação automática entre titularidade estatal sobre determinada atividade e sua necessária qualificação como serviço público e, (ii) no que toca às atividades qualificadas como serviços públicos, o afastamento da sua necessária prestação em regime de monopólio, mesmo considerando-se a *publicatio*. Ou seja: tratou-se de uma relativização do critério orgânico e de uma revisão de alguns aspectos do critério formal.

Passou-se a compreender, portanto, que o simples fato de uma atividade de titularidade pública (art. 21 da CF, por exemplo) ser prestada à coletividade não conduz à sua automática qualificação como serviço público (art. 175 da CF) e, daí, à sua necessária exploração pelo Estado em regime de monopólio. De um lado, porque é plenamente possível sua exploração em regime diverso do serviço público (e, portanto, sua não qualificação como tal); de outro, porque mesmo quando qualificadas como serviços públicos, admite-se sua exploração em situação de concorrência (seja com atores submetidos a regime jurídico diverso – consoante previu, por exemplo, a legislação de telecomunicações, abaixo analisada –, ou mesmo com outros prestadores de serviço público – nos termos do art. 16 da Lei n. 8.987/95). Conforme MODESTO, o Estado “mantém o monopólio da regulação e da titularidade sobre a atividade pública quando se trata de serviço público, mas rompe com o tradicional monopólio da prestação”.⁵²⁸

As premissas postas permitem atingir a conclusão, um tanto surpreendente, de que no Brasil a noção de serviço público, mesmo após o processo de mutação pelo qual passou, permanece consagrando a convivência das dimensões subjetiva (atividade pública, ou seja, de titularidade estatal) e formal (prestada sob regime jurídico especial), que tradicionalmente lhe foram atribuídas pela doutrina. Destarte, a noção de serviço público mantém, no Brasil, alguns de seus delineamentos

⁵²⁷ Já foi introduzida acima, na Parte 2, a instigante proposta, resultante da tese de doutoramento de Vitor Schirato, de acordo com a qual o art. 175 da CF/88 deve ser interpretado como definidor de uma *obrigação* ao Estado, e não como assegurado de uma titularidade exclusiva, fazendo-se uma interpretação diversa do verbo “incumbe” que encabeça o dispositivo. A argumentação acima apresentada, portanto, conflita com o posicionamento do autor.

⁵²⁸ MODESTO, Reforma do Estado... *op. cit.*, p. 470.

clássicos – e mesmo assim pode ser conformada numa dimensão mais restrita do que inicialmente se lhe atribuía.⁵²⁹

Outro dado parece fundamental: o “regime jurídico especial” a que se submetem as atividades qualificadas como serviços públicos, delineador do critério formal da noção, deve ser, essencialmente, um regime jurídico de *direito público*, nos termos do art. 175 da CF/88 e da Lei n. 8.987/95 (que regulamenta as modalidades de outorga de serviço público previstas no art. 175 da Constituição). *Essencialmente*, frise-se, mas não *exclusivamente*, eis que é possível que o regime jurídico de direito público seja permeado por normas privatistas – compondo o assim denominado “direito privado administrativo”. Tal regime de direito privado administrativo, porque radicado no regime jurídico de direito público, não afronta a Constituição (que expressamente o prevê, por exemplo, no art. 173, ao tratar da exploração estatal de atividades econômicas), nem contradiz o que foi dito acima. Ademais, o regime jurídico de direito público não será uniforme para todos os serviços públicos, variando conforme cada atividade, nos termos do que previr o legislador.

Nesse raciocínio, de nada adiantaria qualificar uma atividade como serviço público para, posteriormente, submetê-la a um regramento típico das atividades econômicas privadas, sem qualquer observância dos princípios atinentes à prestação dos serviços públicos, o que desvirtuaria por completo o necessário regime jurídico especial, protetivo – tanto à atividade quanto ao cidadão –, que é tão caro à matéria. “Serviços públicos” prestados sob regime de direito privado não são, nesse prisma, serviços públicos, são coisa outra (embora *materialmente* a atividade seja a mesma).

O foco da definição *jurídica* de serviço público está, segundo posição aqui defendida, na presença *concomitante* do critério orgânico (*titularidade pública*) e formal (*regime jurídico* a que está submetida a prestação da atividade legislativamente qualificada como tal, um regime especial, conformado predominantemente por normas de *direito público*).

Como conclui AGUILLAR, “o regime jurídico é que determina, fundamentalmente, tratar-se de serviço público ou atividade econômica em sentido

⁵²⁹ Sobre a necessidade de restrição da noção de serviço público, cf.: ARIÑO ORTIZ, Principios... *op. cit.*, p. 548-554.

estrito”.⁵³⁰ Também Alexandre ARAGÃO considera o regime jurídico o foco da noção de serviço público,⁵³¹ e afirma que o ponto mais relevante de tal regime jurídico é, justamente, “a impossibilidade da iniciativa privada prestá-los por direito próprio, sendo admitida apenas como delegatária do poder público”.⁵³² O clássico Themístocles Brandão CAVALCANTI já dizia que “o essencial no serviço público é o regime jurídico a que obedece, a parte que tem o Estado na sua regulamentação, no seu controle”.⁵³³ Concorde-se, nesse ponto, com o escólio de Celso Antônio Bandeira de MELLO, ao afirmar que a noção jurídica de serviço público “só tem préstimo e utilidade se corresponder a um dado sistema de princípios e regras; isto é, a um regime, a uma disciplina peculiar”.⁵³⁴

Vitor SCHIRATO, embora defina o serviço público fora de concepções subjetivas (contrariamente ao aqui sustentado, portanto), consigna que eles “nada mais representam do que um regime jurídico imposto sobre determinados agentes exploradores de uma atividade econômica, para a realização de determinado objetivo”,⁵³⁵ regime este que não é único, existindo apenas “elementos que configuram um critério de apartação dos serviços públicos das demais atividades econômicas”, e tais elementos devem “ser aplicados de forma estritamente modulada e específica para cada serviço, conforme as particularidades de cada atividade”.⁵³⁶

A constatação de que o cerne da qualificação de uma atividade como serviço público está no regime jurídico especial (essencialmente público) de sua prestação segue a necessidade, anotada por Paulo MODESTO, de se buscar um

⁵³⁰ AGUILLAR, Direito Econômico... *op. cit.*, p. 335.

⁵³¹ ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos... *op. cit.*, p. 125.

⁵³² *Ibidem*, p. 142.

⁵³³ CAVALCANTI, Curso... *op. cit.*, p. 223.

⁵³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta**. São Paulo: RT, 1975, p. 18.

⁵³⁵ SCHIRATO, Livre iniciativa... *op. cit.*, p. 237.

⁵³⁶ *Ibidem*, p. 267. Concorde-se com o fato de que o regime jurídico de cada serviço público é variável, e dependerá das necessidades que esse buscar satisfazer, conforme declarado pelo legislador. No entanto, reputa-se que essas potencialidades de modulação do regime jurídico dos serviços públicos não podem chegar ao ponto de convertê-lo num regime privado, eis que as atividades qualificadas como serviços públicos devem sempre e invariavelmente, na visão aqui defendida, ser exploradas sob regime público (ainda que não seja um regime unitário e petrificado). Isso não importa concluir que inexistam atividades materialmente concorrentes com os serviços públicos, estas sim passíveis de exploração sob regime privado, conforme se argumenta logo a seguir.

conceito de serviço público “necessariamente mais restrito, para ser operativo, [...] fora de concepções essencialistas”.⁵³⁷

Não se está aqui, note-se, tentando conceituar serviço público pura e simplesmente como atividade sujeita ao regime de serviço público, como criticado por Eros GRAU.⁵³⁸ O que se quer dizer é que o critério formal se *sobrepõe* ao critério material porque, na prática, o intérprete averigua se uma dada atividade é ou não qualificada como serviço público analisando a forma pela qual o ordenamento descreve seu regime de exploração. É o *legislador* quem apreende as características materiais da atividade (ou seja, sua essencialidade sócio-econômica) e a normatiza conferindo regime jurídico especial à sua prestação.⁵³⁹ Ao intérprete resta analisar como o legislador definiu o regime jurídico da atividade, para saber se ela é ou não qualificada – normativamente, portanto – como serviço público.⁵⁴⁰ Se existe uma “essência” do serviço público, esta é sopesada unicamente pelo legislador, e não pelo intérprete, perdendo importância após a positivação.

Sublinhe-se, ainda, o fato de não haver na Constituição ou na legislação infraconstitucional disposição normativa específica que defina qual deve ser o substrato material do serviço público. Isso tudo faz com que o critério material pouco sirva para a elaboração de uma definição *jurídica* da noção de serviço público – ainda que possa servir para a construção de definições sociológicas, políticas, etc.

Diante disso, e de forma um tanto reveladora, constata-se que mesmo após as mutações na noção de serviço público em solo brasileiro, esta manteve, em certa medida, os elementos que tradicionalmente a definiram. Assim, uma atividade qualificada como serviço público no Brasil: (i) será de titularidade estatal, nos termos do art. 175 da Constituição (elemento subjetivo); e (ii) submeter-se-á a um regime jurídico especial, essencialmente (mas não exclusivamente) de direito público, nos termos do mesmo art. 175 e da Lei n. 8.987/95 (elemento formal). Quanto ao

⁵³⁷ MODESTO, Reforma do Estado... *op. cit.*, p. 452-453. É justamente com base no critério do regime jurídico, aliás, que CASSAGNE separa os serviços públicos “autênticos” dos serviços públicos virtuais (CASSAGNE, La intervención... *op. cit.*, p. 37-38).

⁵³⁸ GRAU, A ordem econômica... *op. cit.*, p. 119.

⁵³⁹ Já dizia Jèze que “corresponde averiguar a intenção dos governantes, somente no que se refere à atividade administrativa considerada. Fala-se única e exclusivamente de serviços público quando as autoridades de um país, em determinada época, decidem satisfazer as necessidades de interesse geral mediante o procedimento do serviço público. A intenção dos governantes é a única coisa que deve ser considerada” (JÈZE, Principios generales... *op. cit.*, t. II, p. 18-19).

⁵⁴⁰ É claro que a doutrina pode discordar das escolhas do legislador, e afirmar que uma atividade qualificada como serviço público não deveria sê-lo, e vice-versa. Isso, no entanto, não retira do legislador o papel de definir normativamente quais atividades serão alçadas a tal patamar.

elemento material, como visto logo acima, parece-nos inadequado para a elaboração de uma definição jurídica de serviço público, posto que o exame da essencialidade da atividade, a ponto de ser qualificada como serviço público, não obedece a requisitos juridicamente impostos, e sim à vontade do legislador.

Noutros termos, as mutações por que o conceito de serviço público passou no Brasil não importaram a total superação dos elementos da noção tradicional, e sim apenas sua revisão, conduzindo à compreensão de que uma determinada atividade não é serviço público apenas por ser de titularidade estatal, ou por sua “essência”, sendo, ao revés, *qualificável ou não como serviço público* a depender de suas características concretas. E mais: qualificada a atividade ou não como serviço público, sempre se admitirá sua exploração em regime concorrencial (exceto, por óbvio, nos casos de monopólio natural).

Relembre-se, consoante anotado anteriormente na Parte 2 da presente pesquisa, que se adota aqui a compreensão de que o serviço público não é um “dado”, um objeto, um algo ontológico. Ao revés, configura-se numa qualificação normativamente atribuída a uma dada atividade material que lhe serve de substrato (atividade esta que existe, portanto, independentemente de sua qualificação como serviço público). É por isso que se insiste, na presente pesquisa, na utilização da expressão “atividades qualificadas como serviços públicos”, ao invés de simplesmente “serviços públicos”.

Disso se extrai um desdobramento importante: a posição aqui sustentada, ainda que admita o critério orgânico como definidor dos serviços públicos, não impede (nem evita) a possibilidade de *convivência, num mesmo cenário econômico, de atividades qualificadas como serviço público e atividades não qualificadas como tal, prestadas concomitantemente por diversos prestadores, em regime de concorrência*.⁵⁴¹

⁵⁴¹ O entendimento encontra certo amparo na doutrina estrangeira. Para Hauriou, a gestão indireta de serviços públicos pode dar-se por “colaboração”, realizada por particulares de forma “paralela”, por “participação” ou por “ingerência”. Segundo o autor, a colaboração por atividade paralela, mais ajustada ao caso aqui retratado, reporta-se aos casos em que o *Estado permite aos particulares a realização de determinadas atividades públicas em concorrência com a gestão direta* pelo próprio Estado (HAURIOU *apud* CASSAGNE, La intervención... *op. cit.*, p. 55, nota de rodapé). O tema é enfrentado por Miguel S. Marienhoff, ao afirmar o autor que a colaboração por atividade paralela ocorre nos casos em que “um particular ou administrado realiza uma atividade de benefício geral que o Estado já tomou a seu cargo com caráter de serviço público”. O autor cita como exemplo as escolas e hospitais privados (ou seja, de serviços públicos “virtuais”, o que se coaduna com o cenário em que se insere e com o pensamento de parcela da doutrina nacional (MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de Derecho Administrativo**. 6.ed. T. II. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997, p. 89).

De um lado, porque o fato de o serviço público ser, segundo se entende, de titularidade estatal exclusiva (nos termos do art. 175 da CF/88), não implica que a *atividade material que lhe serve de substrato* também deva sê-lo em todos os casos: *desde que a atividade em questão não tenha sido atribuída expressamente a algum dos entes federativos* (como ocorre com aquelas descritas no art. 21 da CF/88), e desde que a prestação pelo privado não conflite com o *conteúdo semântico* da qualificação legal da atividade como serviço público (sob pena de ofensa à *publicatio*), sempre haverá a possibilidade de iniciativa privada *paralela* aos serviços públicos, preservando o princípio constitucional da liberdade de iniciativa econômica.⁵⁴²

De outra banda, porque mesmo a atividade que tenha sido expressamente atribuída a algum dos entes federativos não será necessariamente qualificada como serviço público, já que, como aqui se defende, o critério orgânico não é o único responsável pela qualificação de uma atividade como serviço público. Isoladamente, o fato de uma atividade ter sido atribuída à esfera de titularidade estatal não determina *de per se* a existência de um serviço público, sendo necessária a presença do critério formal.

O serviço público, portanto, não pré-existe à atividade material que o compõem, de modo que:

- (i) não é porque uma atividade é atribuída à titularidade estatal (por exemplo, art. 21) que ela será obrigatoriamente qualificada como serviço público;
- (ii) uma atividade que não tenha sido acometida ao Estado poderá, ainda assim, ser qualificada como serviço, operando-se a partir daí a *publicatio* (art. 175).

Divisam-se, assim, dois supostos diversos:

⁵⁴² Nesse ponto o raciocínio, ainda que parta de premissa diversa, corrobora as consequências apresentadas por Vitor Schirato, condizentes com a possibilidade de convivência entre serviços públicos e atividades econômicas paralelamente prestadas por particulares. Sobre o tema, cf.: SCHIRATO, Livre iniciativa... *op. cit.*, p. 288 e seguintes; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime Jurídico do Serviço público**: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social. 214 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009, p. 52-64.

- (i) o das atividades econômicas acometidas *prima facie* à titularidade estatal, em que a *publicatio* independe de sua qualificação como serviços públicos;
- (ii) o das atividades em princípio livres à iniciativa privada, em que a *publicatio* ocorre somente após sua qualificação como serviço público – e atinge somente o conteúdo semântico dessa qualificação.

Na postura aqui defendida, portanto, ainda que se trate de atividades de titularidade pública (como no caso do art. 21 da Constituição), é plenamente possível que sua exploração se efetive sob regime diverso do regime público, haja vista a possibilidade de que tais atividades não sejam qualificadas pelo legislador, em todos os casos, como serviços públicos. Assim, a atividade atribuída à esfera de titularidade estatal poderá perfeitamente ser explorada sob regime de direito privado quando, na prática, tenha o legislador optado por não qualificá-la como serviço público; todavia, se e quando *qualificada como* serviço público pelo legislador, impõe-se sua prestação (sob a batuta dessa qualificação) sob regime predominante de direito público.

Inclusive, como será demonstrado adiante, pode perfeitamente o legislador optar por, no que toca a uma *mesma atividade*, qualificá-la e não qualificá-la como serviço público *concomitantemente*, de modo que, na qualidade de serviço público, dita atividade obedecerá aos ditames do art. 175 da CF/88, sendo explorada sob regime de direito público, ao passo que, paralelamente, poderá ser prestada pelos privados (autorizados) fora desse regime, em concorrência com o explorador do serviço público.

Consoante Vitor SCHIRATO, não é porque uma atividade é qualificada como serviço público que ela “estará numa bolha regida pelo chamado *regime jurídico de direito público* e blindada a tudo o que ocorre no chamado regime jurídico de direito privado”,⁵⁴³ haja vista a possibilidade de a mesma atividade (materialmente falando) não ser qualificada como serviço público, e, portanto, não sofrer o influxo do regime jurídico a este ligado. Somente se submeterá ao regime de serviço público a atividade – com o perdão da tautologia – que efetivamente já tenha sido *qualificada* como serviço público pelo legislador.

⁵⁴³ SCHIRATO, Livre iniciativa... *op. cit.*, p. 324.

O raciocínio pode ser esclarecido com Fernando MÂNICA, que afirma:

É importante notar que a atribuição de competência para explorar ou manter determinado setor implica *atribuição de responsabilidade estatal em garantir sua oferta*, o que não significa que todo o setor de atividades deva ser qualificado como serviço público. [...] Em última análise, pode-se sustentar que a atribuição de competência a determinado ente federativo implica determinação para que a lei institua o regime jurídico que vai disciplinar a prestação de cada uma das atividades integrantes do setor, parte das quais será por ela qualificada como serviço público.⁵⁴⁴

Assim, a construção aqui delineada, ainda que admita como válido para os serviços públicos apenas o regime de direito público, não impede a existência concomitante de *atividades materialmente concorrentes* com os serviços públicos, que não tenham sido qualificadas como tal, e que, portanto, sejam prestadas sob regime jurídico de direito privado, mesmo que submetidas à *publicatio*. A ilação que daí se saca é que a titularidade estatal sobre uma atividade não a constitui *de per si* como um serviço público: para sua qualificação como tal, faz-se necessário ainda que, no que toca à exploração de dita atividade, tenha o legislador previsto o regime jurídico especial, atinente aos serviços públicos.⁵⁴⁵ Serviço público, assim, não é sinônimo de atividade estatal, competindo ao legislador ordinário qualificar ou não (inclusive podendo fazê-lo concomitantemente) dada atividade de titularidade do Estado como serviço público.

A noção de serviço público aqui adotada é importante, inclusive, para subsidiar a diferenciação – que nos parece plenamente ajustada ao texto constitucional – entre as atividades econômicas em sentido estrito e os serviços públicos. Nesse caminho, a diferença entre as espécies “serviço público” e “atividade econômica em sentido estrito” parece fundar-se em dois aspectos:

- (i) subjetivo: a atividade qualificada como serviço público é de titularidade estatal, e pode ser prestada por privados excepcionalmente, desde que presente ato de outorga (art. 175 da CF), enquanto a atividade econômica em sentido estrito é de titularidade privada, explorada pelo Estado apenas

⁵⁴⁴ MÂNICA, O Setor Privado... *op. cit.*, p. 117-118.

⁵⁴⁵ Esclarecedora a passagem de Eros Grau nesse sentido, afirmando o autor que “se deve tomar como *indicativa* da elevação de algumas parcelas da atividade econômica em sentido amplo à categoria de serviço público a circunstância de o texto constitucional atribuir a sua exploração à competência do Estado” (GRAU, A ordem econômica... *op. cit.*, p. 128, grifou-se). Frise-se: *indicativa*, não definitiva.

excepcionalmente, nos termos do art. 173 da CF – daí a pertinência de se eleger como ponto de partida para a análise da figura da autorização a bipartição dos setores econômicos (sistema capitalista de iniciativa dual) consagrada na Constituição de 1988;

(ii) formal: a atividade qualificada como serviço público passa a ser submetida a um regime jurídico especial, essencialmente (e predominantemente) de direito público, posto que seu desempenho vincula-se ao atendimento de uma série de princípios legalmente instituídos (art. 175 CF c/c Lei n. 8.987/95), enquanto a atividade econômica em sentido estrito submete-se ao regime típico das atividades privadas (art. 170 CF).

No que toca ao aspecto material, este nos parece ser secundário, por dois motivos principais. Primeiro porque não há disposição normativa que qualifique materialmente uma determinada atividade como serviço público, mas apenas a atividade econômica em sentido estrito desempenhada pelo Estado (art. 173 da CF: segurança nacional e relevante interesse coletivo).⁵⁴⁶ Em segundo lugar, porque o critério material, geralmente definido de forma indeterminada e fluida (“atendimento de necessidades coletivas básicas”, “concreção da dignidade da pessoa humana”, “propiciador de coesão social”, etc.), a despeito de ser bom indicativo, não permite uma precisão conceitual suficiente para segregar de forma segura o que é e o que não é serviço público. Colhe-se de Fernando AGUILLAR:

O que se observa da leitura da Constituição é que não há necessariamente um critério de essencialidade para separar as atividades econômicas em sentido estrito desempenhadas pelo Estado dos serviços públicos. Não é porque uma atividade é considerada essencial para a população que ela é erigida em serviço público. Uma atividade é erigida em serviço público para que seu desempenho seja condicionado às regras aplicáveis ao serviço público. [...] Somente podemos distinguir entre atividades econômicas em

⁵⁴⁶ Deve-se anotar a interessante opinião de autores que, criticando a concepção de Eros Grau acima demonstrada, não enxergam separação estanque entre os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito desempenhadas pelo Estado. Tal linha defende, portanto, uma aproximação (senão uma simbiose) entre o art. 173 e o art. 175 da Constituição, em razão, sobretudo, da aproximação de regimes jurídicos entre as atividades em questão. Nesse sentido, cf.: COUTO E SILVA, *Privatização...* *op. cit.*, p. 458, nota de rodapé; SUNDFELD, *Serviços públicos e regulação estatal...* *op. cit.*, p. 32-33; MÂNICA, *O Setor Privado...* *op. cit.*, p. 119-122; SCHIRATO, *Livre iniciativa...* *op. cit.*, p. 123-135. Algo sobre o debate pode ser extraído de: GROTTI, *O Serviço público...* *op. cit.*, p. 133 e seguintes. Defendendo o regime especial dos serviços públicos, mas fazendo certa aproximação com as atividades econômicas, vide: DERANI, *Privatização...* *op. cit.*, p. 62; 125-126; 197-198.

sentido estrito desempenhadas pelo Estado e serviços públicos pelo regime jurídico que deriva de cada uma das hipóteses. São, assim, distinguíveis *a posteriori*, não *a priori*.⁵⁴⁷

É exatamente por essa razão que, no setor petrolífero, reflete Carlos Ari SUNDFELD que o art. 177 da CF “não esclarece se tais atividades são serviços públicos [...] ou se são atividades econômicas em sentido restrito”.⁵⁴⁸ Conforme reflete Alexandre Ditzel FARACO, é difícil encontrar diferenças ontológicas que possam “justificar a inclusão dos serviços de telecomunicações na categoria de serviço público e do monopólio estatal sobre o setor petrolífero dentre as atividades econômicas em sentido estrito”.⁵⁴⁹ E prossegue:

O fato de não existir na Constituição Federal uma noção inequívoca do que seja materialmente serviço público torna imprecisa a afirmação de que certa atividade é, por sua natureza, caracterizável como tal e que deve, portanto, submeter-se necessariamente ao regime do art. 175. Importa considerar o serviço público não como critério [...]. É mais exato ver nele uma das formas pelas quais podem ser prestadas as atividades que a Constituição Federal reservou à titularidade do Estado.⁵⁵⁰

Com base nisso, a grande diferença entre serviço público e atividade econômica *stricto sensu* reside na titularidade atribuída pelo ordenamento à atividade em questão e, conseqüentemente, no regime jurídico ao qual sua prestação estará jungida. Nessa aproximação, o serviço público pode ser encarado como uma atividade econômica em sentido estrito cujo regime jurídico foi alterado pela imposição de sua titularidade ao Estado. Não é diverso o entendimento de Emerson GABARDO, para quem “o serviço público nada mais é do que uma atividade econômica em sentido estrito que teve seu regime jurídico alterado, mediante uma ação imperativa do Estado ao torná-lo típico”. E conclui: “como atividade econômica qualquer, submetia-se ao regime jurídico de Direito privado [...] Diferentemente, como serviço público propriamente dito, será conduzido pelo regime jurídico de Direito público [...]”.⁵⁵¹

Calcando-se nas considerações tecidas acima, pode-se finalmente formular críticas às opiniões doutrinárias classificadas no tópico anterior e, a partir daí,

⁵⁴⁷ AGUILLAR, Direito Econômico... *op. cit.*, p. 328-329.

⁵⁴⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Loterias estaduais na Constituição de 1988. **Revista de Direito Público**, n. 91, v. 22, Rio de Janeiro, jul./set. 1989, p. 97-98.

⁵⁴⁹ FARACO, Regulação... *op. cit.*, p. 123.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, p. 124.

⁵⁵¹ GABARDO, Interesse Público... *op. cit.*, p. 134.

apresentar a opinião pessoal do autor acerca da natureza jurídica da atividade autorizada nos moldes do art. 21 da Constituição.

1.6.2. Apontamentos críticos às correntes doutrinárias

As correntes não serão aqui criticadas na mesma ordem em que foram apresentadas no tópico anterior: considerando que alguns raciocínios e críticas direcionadas a uma corrente aproveitam a outras, entendeu-se por bem efetuar certa inversão, conforme segue.

1.6.2.1. Autorização para atividades econômicas em sentido estrito, prestadas no interesse exclusivo ou proveito próprio do particular

A primeira das opiniões doutrinárias apresentadas – ou seja, aquela de acordo com a qual a autorização do art. 21 serve para atividades que, na prática, possam ser desempenhadas pelos privados autorizados em seu “interesse próprio e exclusivo”, sem afetar a coletividade – parece-nos das mais equivocadas.

A uma, porque em momento algum a Constituição (seja no art. 21, seja no art. 175 ou em qualquer outro lugar) exige que as autorizações ali mencionadas restrinjam-se ao interesse próprio e exclusivo do particular autorizado. Trata-se, portanto, de construção doutrinária que parte da premissa de que, se há prestação voltada à coletividade, então se está diante de um serviço público, que não pode ser prestado mediante autorização por conta do art. 175 da CF.

Ocorre que, como muito bem notou Marçal JUSTEN FILHO em passagem já transcrita acima, serviço público não é sinônimo de “serviço ao público”, de sorte que não é simplesmente pelo fato de uma atividade ser oferecida à coletividade que se estará automaticamente diante de um serviço público.⁵⁵² No mesmo senso notou Floriano MARQUES NETO ao aduzir que “pode haver autorização que corresponda a um interesse não apenas do particular, mas geral da coletividade”, sendo que “o problema deste fator de distinção baseado no vetor interesse público *versus*

⁵⁵² De outra banda, consoante afirma Justen Filho em outra oportunidade, “é cada vez menos possível ao particular impor a atividade privada uma abordagem absolutamente individualística” (JUSTEN FILHO, O Direito das Agências... *op. cit.*, p. 315).

interesse privado é que [...] interesses público e privado não estão no mais das vezes claramente apartados”.⁵⁵³

Colhe-se de Massimo GIANNINI:

[...] as atividades que envolvem apenas interesses privados são, no mundo contemporâneo, pouquíssimas. Entre estas e as atividades objetivamente públicas se situam as atividades que envolvem ao mesmo tempo interesses públicos e privados. Elas são “privadas” em sentido subjetivo [...]; objetivamente, ao contrário, podem apresentar pertinência, mais ou menos ampla, ao interesse público.⁵⁵⁴

Ora, o fato de uma atividade descrita no art. 21 da CF/88 ser prestada à coletividade não parece impor que seja ela necessariamente qualificada como serviço público, eis que ainda pende de consideração o critério formal, ou seja, o regime jurídico a que está submetida a prestação da atividade, de acordo com a noção de serviço público aqui adotada.

Ademais, constata-se que a posição doutrinária que restringe as autorizações do art. 21 a casos em que o particular desempenha a atividade ali descrita em seu próprio e exclusivo interesse, está arraigada às autorizações constitutivas previstas na legislação pretérita. Relembre-se, nessa medida, que algumas Constituições brasileiras anteriores à atual já previam a figura das autorizações em setores econômicos titularizados pelo Estado; no entanto, a legislação ordinária que densificava as disposições constitucionais, ao mencionar a figura da autorização, acabava sempre vinculando-a a casos em que a atividade pública pudesse ser prestada pelo privado em seu interesse próprio, restrito – assim ocorria no setor de transportes, telecomunicações e energia elétrica, como se demonstrou.

Com a mutação dos serviços públicos, no entanto, as autorizações passaram a servir, na novel legislação pós-reforma (década de 90), para romper os monopólios e inserir os privados autorizados num cenário concorrencial de prestação de atividades públicas à coletividade, desempenhando atividades materialmente idênticas àquelas qualificadas como serviços públicos.

⁵⁵³ MARQUES NETO, Bens Públicos... *op. cit.*, p. 339-340. Pode ser aproveitado, nesse caminho, o raciocínio de Vasco da Silva ao tratar dos atos administrativos *in genere* (de que é espécie, lembre-se, a autorização), e afirmar que estes “[...] já não tem apenas por missão determinar autoritariamente o direito aplicável ao particular, mas também (em certos domínios, sobretudo) a prossecução de interesses públicos” (SILVA, Em busca... *op. cit.*, p. 99-100).

⁵⁵⁴ GIANNINI, Diritto Amministrativo, *op. cit.*, p. 21-22.

Dessa breve incursão (que mais uma vez destaca a importância da metodologia de abordagem histórica eleita para desenvolver a presente pesquisa), constata-se o porquê de parcela da doutrina imputar às autorizações do art. 21 o singelo condão de permitir que o privado atue, nas áreas ali descritas, em seu restrito interesse e benefício, sem nada oferecer à coletividade: antigamente era exatamente isso que ocorria, conforme legislação pretérita elaborada sob a égide de constituições anteriores.

Atualmente, no entanto, com a mutação dos serviços públicos, as autorizações constitutivas não apenas servem para aquele desiderato, mas receberam um novo e peculiar propósito: o de inserir os privados autorizados na prestação de serviços à coletividade. As novas autorizações constitutivas (aqui denominadas autorizações regulatórias) foram justamente um dos instrumentos utilizados pelo legislador para concretizar a mutação conceitual no serviço público, conforme se argumentou acima.

Em resumo: o constituinte (seja o de 1988, sejam os anteriores) em momento algum impôs à atividade autorizada a restrição de que se limitasse ao proveito próprio do particular autorizado, deixando ao legislador ordinário a competência para fazê-lo. Sob a égide das constituições anteriores era exatamente esse o senso das autorizações constitutivas: permitir que particulares desempenhassem atividades de titularidade estatal, desde que exclusivamente em seu interesse próprio (principalmente para fins industriais). Mas assim o era porque o *legislador infraconstitucional* assim o quis, diante da noção de serviço público vigente à época (*publicatio* ligada ao privilégio da exclusividade). Todavia, nada impedia – tanto que foi o que ocorreu no Brasil em meados da década de 90 – que o legislador previsse as autorizações para habilitar o particular a explorar atividades em proveito da coletividade.

A postura doutrinária ora criticada, portanto, peca ao nosso humilde entender por considerar as autorizações administrativas como categorias unívocas, estáticas e pretensamente imutáveis no tempo. Imagina-se que sob a denominação de “autorização administrativa” apenas podem ser compreendidas aquelas autorizações emitidas no exercício de um poder de polícia por parte da Administração Pública oitocentista, de modo que qualquer desvio dessa compreensão configuraria uma afronta à doutrina e à natureza jurídica das autorizações administrativas. Ou seja: a menção da autorização no art. 21 da

Constituição, ao lado da concessão e da permissão, é reconduzida ao terreno das autorizações de polícia (ainda que constitutivas), fazendo-se com que se conclua que a atividade autorizada deve invariavelmente se restringir ao interesse exclusivo do particular autorizado, sob pena de, em caso de autorização de serviços abertos à coletividade, “desvirtuar-se” o instituto para aplicação num terreno diverso da atividade de polícia.

Veja-se, por todos, a explanação de Celso Antônio Bandeira de MELLO, para quem a palavra “autorização” no art. 21 da CF, quando direcionada à prestação de serviços de interesse restrito do particular autorizado,

[...] foi usada no sentido corrente em Direito Administrativo para exprimir o ato de “polícia administrativa”, que libera alguma conduta privada propriamente dita, mas cujo exercício depende de manifestação administrativa aquiescente para verificação se com ela não haverá gravames ao interesse público.⁵⁵⁵

Em suma, como bem notou Jacintho CÂMARA:

A concepção doutrinária tradicional, por afastar uma aplicação mais relevante à autorização, vaticina a impropriedade do instrumento para a transferência a particulares da prática de atividades relevantes e de interesse público. A autorização seria notadamente imprópria quando se destinasse a legitimar o desenvolvimento de atividade tradicionalmente tida como serviço público.⁵⁵⁶

Ora, a conclusão parcial defendida na Parte 2 da pesquisa assenta que as autorizações administrativas não podem ser compreendidas enquanto categorias estáticas, imutáveis e pretensamente atemporais. Ao contrário: mudanças (felizmente) ocorrem, tanto na realidade fático-econômica quanto no ordenamento jurídico, e acarretam alterações substanciais em muitos de seus instrumentos. Foi o que ocorreu com o serviço público, na Europa e no Brasil, e que fez com que as autorizações não possam mais ser encaradas enquanto espécie única, e sim como gênero. Surgiram, assim, ao lado das autorizações de polícia, autorizações outras, que servem a outras finalidades e desempenham outras funções – as autorizações deixam a função de controle de polícia e assumem a condição de instrumentos de regulação estatal da economia.

⁵⁵⁵ MELLO, Curso... 25. Ed., *op. cit.*, p. 679.

⁵⁵⁶ CÂMARA, Autorizações... *op. cit.*, p. 622.

Pelas razões acima expostas, reputa-se incorreta a postura doutrinária que, presa a um momento histórico já superado, afirma que as autorizações mencionadas pelo art. 21 da Constituição somente servem para serviços de interesse restrito e prestados unicamente em proveito próprio do particular autorizado.

1.6.2.2. Autorização para serviços públicos “autênticos”

Em segundo lugar, parece-nos de frágil sustentação a opinião segundo a qual a autorização prevista pelo art. 21 da Constituição constitui uma modalidade de outorga de autênticos serviços públicos, como sustentado, por exemplo, por Almiro do Couto e Silva.

A previsão expressa e clara do art. 175 da Constituição, no sentido de que os serviços públicos podem ser prestados diretamente pelo Estado, ou outorgados a particulares apenas mediante concessão e permissão, parece impedir *ab ovo* tal construção. Invocar a autorização como possível para a prestação de serviços públicos, numa interpretação conjunta dos artigos 21 e 175, é exercício de hermenêutica que nos parece deveras criativa e artificial, a ponto inserir no diploma constitucional dispositivo absolutamente novo – o que não se relaciona com a função do intérprete e sim com a do legislador.

Ademais disso, ao contrário do que se pode imaginar numa primeira vista, o artigo 21 não tem por intento “arrolar serviços públicos”. Em momento algum o art. 21 da CF/88 afirma “são serviços públicos” ou qualquer coisa do tipo.⁵⁵⁷ Trata-se, isso sim, de dispositivo inserido no capítulo constitucional destinado a discriminar as competências dos entes federativos, inscrevendo como competências da União as atividades ali arroladas, em contraste com os demais entes federativos (e com os privados).

Nessa medida, quando o art. 21 menciona que “compete à União” explorar a atividade x ou y, não diz “compete à União prestar o serviço público x ou y” –

⁵⁵⁷ Alexandre Aragão afirma que os incisos do art. 21 da Constituição, “apesar de preverem uma série de atividades da competência da União, em nenhum momento se referem a elas como ‘serviço público’, mas apenas a ‘serviço’” (ARAGÃO, *Direito dos Serviços Públicos... op. cit.*, p. 129). Adiante, reprisa: “o art. 21 é, pela sua própria localização no corpo da Constituição [...], mais uma norma atributiva de competências à União do que disciplina material das atividades ali elencadas (*Ibidem*, p. 222). É esse também o entendimento manifestado por Nelson Jobim quando do julgamento, pelo STF, do Recurso Extraordinário n. 220.999-7, acerca das atividades de transporte aquaviário, e afirmar que “a norma constitucional (art. 21, XII, ‘d’) é de distribuição de competência federativa”, e não de declaração de serviços públicos.

aqueles que assim interpretam estão, com o máximo respeito, cometendo o equívoco do passado de confundir *serviço público* com *publicatio*, quando na verdade a titularidade estatal é apenas um dos elementos da noção. Trata-se, isso sim, de indicar que compete à União, e não aos Estados e Municípios (e particulares), explorar as atividades ali descritas, da forma que entender adequado.

É altamente elogiável a tentativa de Couto e Silva de conciliar os artigos 21 e 175 da Constituição, atribuindo à autorização a possibilidade de figurar como modalidade de outorga de serviços públicos. No entanto, não parece que essa solução seja a mais adequada ao que se reputa constituir a noção de serviço público (em destaque, a necessidade de submissão da atividade qualificada como tal a um regime jurídico especial, de direito público), nem parece ser necessário inserir a autorização – de forma um tanto artificial – no art. 175, para dar-lhe validade enquanto instrumento de prestação concorrencial de atividades públicas infraestruturais, eis que uma interpretação diversa do instituto pode conduzir a conclusões semelhantes, conforme se exporá.

1.6.2.3. Autorização para serviços públicos emergenciais

Por razões semelhantes às expostas acima, também não se endossa a opinião de acordo com a qual a autorização se presta unicamente para a prestação de serviços públicos em caráter emergencial e temporário.

De um lado porque, como visto, o art. 175 da Constituição, ao tratar da outorga de serviços públicos, apenas traz como instrumentos para tal mister a concessão e a permissão, não mencionando a autorização.

De outro lado, cumpre ressaltar que a presente pesquisa concluiu existir no Brasil uma única fonte doutrinária que fundamenta *normativamente* a afirmação de que a autorização somente pode servir para serviços públicos emergenciais. Tal fonte é a já citada obra de Carmen Lúcia Antunes da ROCHA,⁵⁵⁸ que subsidia sua conclusão no art. 3º do Decreto n. 952/93, revogado pelo Decreto n. 2.521/98 (este diploma, no entanto, reprisou a disposição no seu art. 3º; ademais, há disposição semelhante no art. 49 da Lei n. 10.233/2001).⁵⁵⁹

⁵⁵⁸ ROCHA, Estudo sobre as concessões... *op. cit.*, p. 176.

⁵⁵⁹ “Art. 49. É facultado à Agência autorizar a prestação de serviços de transporte sujeitos a outras formas de outorga, em caráter especial e de emergência”.

Todavia, destaque-se que se trata de apenas *uma* disposição legal, referente a *uma* das atividades descritas no art. 21 da Constituição (transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros). Nessa medida, se as autorizações possuem essa natureza e destinação no setor de transporte interestadual de passageiros, é porque o legislador infraconstitucional que dispôs sobre a matéria assim o quis *no que toca ao setor de transportes* – e apenas este. Isso não significa, de modo algum, que todos os setores e atividades descritos no art. 21 da Constituição tenham de se submeter ao mesmo regramento simplesmente porque, no setor de transportes, as autorizações foram previstas com o caráter emergencial. Aliás, conforme se enfrentará a seguir, a legislação dos outros setores é bastante diversa: no setor elétrico, de telecomunicações e de portos, por exemplo, não há qualquer disposição nesse sentido.

Assim, as autorizações terão o sentido de outorgar a prestação de serviços públicos em caráter emergencial apenas se e quando o legislador expressamente as previr com tal finalidade, como ocorre no setor de transportes, em que esta é *uma* (não a única) das possibilidades de utilização da figura da autorização, conforme previsto no art. 49 da Lei n. 10.233/01. Isso não significa, de forma alguma, que a autorização, em todos os casos, deva ter necessariamente essa utilização.

Note-se que a própria Carmen Lúcia Antunes ROCHA reconhece a procedência do raciocínio aqui tecido, ao afirmar:

Não se pode, contudo, deixar de acentuar que o tratamento legal dado à autorização para serviços de energia elétrica [...] traz peculiaridades que afastam as características gerais constantemente citadas pela doutrina, pois faz configurar a autorização mesmo em casos que não tem nem emergência nem especialidade em seu objeto.⁵⁶⁰

Assim sendo, quando o art. 21 da CF/88 menciona que à União compete explorar as atividades ali descritas, diretamente ou mediante concessão, permissão ou autorização, não parece indicar de forma alguma que somente se pode conferir a tais autorizações caráter emergencial. Quem irá definir as características da autorização – se será emergencial ou não – é o legislador ordinário. Determinar *ex ante* e *prima facie* o caráter emergencial às autorizações do art. 21 parece-nos uma *capitis deminutio* indevidamente imposta pela doutrina às autorizações, extirpando suas potencialidades.

⁵⁶⁰ *Ibidem*, p. 177.

Pelas razões expostas, não se encontram motivos para concordar com esse ponto de vista doutrinário.

1.6.2.4. Autorização para atividades econômicas em sentido estrito, passíveis de prestação à coletividade em regime de concorrência

A posição de autores como Marçal Justen Filho e Alexandre Aragão aproxima-se em muito do que se reputa como mais adequado no que toca às autorizações mencionadas pelo art. 21 da Constituição. Referidos autores têm o mérito de não considerar a autorização como modalidade de outorga de serviço público e, ao mesmo tempo, de refutar a necessidade de restrição da atividade autorizada ao interesse próprio e exclusivo do particular autorizado. Com isso, superam as críticas realizadas às correntes anteriores.

No entanto, segundo se interpreta, o entendimento contém um equívoco bastante relevante: os defensores desta corrente entendem que a atividade autorizada nos termos do art. 21 é atividade econômica em sentido estrito *pertencente à esfera de titularidade dos privados*. Tratar-se-ia, portanto, de uma atividade *privada*, materialmente concorrente com os serviços públicos, e prestada sob regime de direito privado.

O equívoco, ao nosso olhar, consiste no fato de o art. 21 da CF/88 ser claro ao afirmar que a exploração das atividades arroladas em seus incisos é de competência da União, e exclusivamente dela – não é de competência dos Estados e Municípios, mas também não é de competência dos particulares. Assim, com base na inequívoca disposição do art. 21, entende-se que sempre e em qualquer caso as atividades ali descritas serão *de titularidade da União, nunca dos privados*, sendo que estes somente podem prestá-las após ato de outorga (concessão, permissão ou autorização) emanado da União, titular da atividade. Por intermédio da autorização, destarte, está-se conferindo ao particular o direito de prestar atividade que compete, nos termos de clara e inequívoca disposição constitucional, somente à União.

A discordância apresentada é assaz relevante, eis que consagra a inscrição da atividade como pertencente ao setor econômico de titularidade pública, e não privada, apresentando importantes repercussões em aspectos regulatórios: é muito mais intensa, via de regra, a atuação estatal em setores de sua titularidade (seja a atividade qualificada ou não como serviço público) do que aquela realizada

genericamente, com fundamento no poder de polícia, em setores econômicos em que impera a livre iniciativa.

Não se evita que a vivência prática, sempre mais rica que a norma, pode apresentar situações limítrofes: cite-se o exemplo da instalação de um interfone residencial (que consiste, afinal, num instrumento de comunicação) e a produção de uma pilha (que é responsável, afinal, por gerar energia). Contudo, ao que é evidente, o Constituinte não pode ter a pretensão de descer às minúcias de cada uma das atividades descritas, de modo que situações excepcionais como essa sempre ocorrerão. Em assim sendo, compete ao legislador ordinário (e, se for o caso, também às agências reguladoras setoriais) apreender casos como esse, tratando-os com a especificidade que merecem – daí a existência de previsões legais de “meras comunicações” para algumas atividades do setor elétrico e de telecomunicações, por exemplo. Nestes casos – e somente nestes – pode-se cogitar na inexistência de *publicatio*, até porque a “mera comunicação” não é mencionada no art. 21 como instrumento para exploração, pela União, das atividades por ela titularizadas.⁵⁶¹

Deve-se problematizar, portanto, a possibilidade de, em situações peculiares assim divisadas pelo legislador ordinário, considerar-se que algumas atividades, a despeito de sintática e literalmente poderem se encaixar nas descrições dos incisos XI e XII do art. 21 da Constituição, semanticamente não pertencem ao substrato que as compõem, por diversas razões, escapando assim à *publicatio* operada pelo art. 21 da CF/88 – e, conseqüentemente, à necessidade de um título habilitante para sua exploração pela iniciativa privada.

De todo modo, isso não elide o ponto de discordância apresentado com relação à corrente doutrinária em questão.

1.6.2.5. Autorização de atividade que compõe um *tertium genus*

A última das correntes apresentadas é, no nosso entendimento, a mais ajustada ao texto constitucional, à legislação ordinária pós-reforma e à realidade brasileira contemporânea.

⁵⁶¹ Nesse ponto, Marçal Justen Filho agrega interessante raciocínio: tratando do setor portuário, sustenta que o art. 21, XII, “f” da Constituição atribui a titularidade à União apenas quando a atividade no setor se configurar como “serviço”, de modo que não haverá competência federal quando um indivíduo resolver valer-se de seus próprios meios para promover o transporte de coisas de sua própria titularidade (JUSTEN FILHO, O regime jurídico dos operadores... *op. cit.*, p. 82).

O ponto de partida para o raciocínio a ser tecido deve ser, como bem pontuado por Egon Bockmann Moreira, a bipartição dos setores econômicos quanto à sua titularidade – pública ou privada. Conforme constata José Maria MORENILLA, no fundo das noções de *publicatio* e de *ordenatio* subjaz a “essência do direito público”, o linde que separa o “originariamente privado e o público, as atividades próprias da livre iniciativa privada (ainda que possam estar sujeitas à *ordenatio*) e as excluídas dessa liberdade por haverem sido objeto de ‘apropriação’ [...] pela Administração”.⁵⁶²

Com base nisso, a autorização do art. 21 da Constituição, conforme concretizada pela legislação atual, surge como instrumento de outorga de uma atividade pública a um privado, conferindo-o o acesso à prestação de uma atividade que, *a priori* e em abstrato, é *qualificável* como serviço público, mas que, diante de características do setor econômico e do caso concreto, pode “despir-se” de tal roupagem – e, conseqüentemente, do regime jurídico (público) de sua exploração. A atividade autorizada não é qualificada como serviço público, porque o art. 175 da CF/88 desautoriza a utilização desse instrumento para delegar atividade qualificada como tal); igualmente, não é uma atividade econômica em sentido estrito, atinente à esfera de livre iniciativa, visto que o art. 21 da CF/88 é claro ao imputar sua titularidade à União.

Pode ser aproveitada em certa medida a doutrina de Marçal JUSTEN FILHO quando afirma ser “possível que se consagrasse uma solução de conjugação tanto de serviço público como de atividade econômica, de modo que algumas atividades seriam desempenhadas sob regime de Direito Público e outras sob o de Direito Privado”.⁵⁶³ No mesmo senso, a interessante passagem de Vitor SCHIRATO:

[...] as autorizações mencionadas no artigo 21 da Constituição Federal *não* têm como objetivo a delegação de um serviço público, mas, sim, de atividades desenvolvidas em setores que muitas vezes são setores de serviços públicos, as quais, não raro, serão materialmente concorrentes dos serviços públicos. Dizendo com outras palavras, as autorizações prestam-se a franquear a um particular a exploração de uma atividade que poderá ser *materialmente concorrente* de um serviço público, mas prestada em outro regime que não o de serviço público.⁵⁶⁴

⁵⁶² MORENILLA, La actividad... *op. cit.*, p. 220.

⁵⁶³ JUSTEN FILHO, Teoria Geral... *op. cit.*, p. 39.

⁵⁶⁴ SCHIRATO, Livre Iniciativa... *op. cit.*, p. 316.

Conforme argumentado acima, o ponto de discordância com relação a tais posicionamentos reside no fato de que, a nosso ver, não é possível enquadrar as atividades do art. 21 da CF/88 como atividades econômicas privadas, visto se tratar de atividades de titularidade necessariamente *pública*. De qualquer forma, as passagens servem para ressaltar que, como o art. 21 não fala de serviços públicos, e sim de *atividades públicas*, estas *não serão necessariamente qualificadas como serviços públicos* (e, conseqüentemente, não serão desempenhadas sob o regime dos serviços públicos), podendo ou não qualificar-se como tal – inclusive concomitantemente – a depender das escolhas do legislador. Trata-se de “atividades-coringa”, mas parametrizadas por um fator importante: sua titularidade é *ab ovo* atribuída ao Estado (União).⁵⁶⁵

Destarte, na linha aqui perseguida, assiste plena razão a Egon Bockmann MOREIRA ao afirmar que a atividade autorizada nos termos do art. 21, XII e XIII da Constituição surge como um *tertium genus*, ou seja, algo que se situa *entre o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito*: não se trata de serviço público, posto que este não pode ser alvo de autorização, nos termos do art. 175 da CF; mas também não se trata uma atividade econômica em sentido estrito (ao menos não “ordinária”), porquanto não é titularizada pelos privados, e sim pelo Estado. O autor propõe, para definir tais atividades, a expressão “atividades econômicas especialmente reguladas”.⁵⁶⁶

Com apoio em Carlos Ari SUNDFELD⁵⁶⁷ crê-se ser possível, para descrever as atividades previstas nos incisos XI e XII do art. 21 da CF, buscar inspiração na expressão europeia de *Serviços de Interesse Econômico Geral*, a despeito da carga ideológica que traz e da conseqüente necessidade de, ao importar tal conceito ao solo brasileiro, fazê-lo passar pelo filtro da Constituição brasileira – o que parece possível. Não se está intentando, com tal proposta, “forçar a letra da Constituição para encaixá-la a *fórceps* na nova realidade tecnológica e econômica”; ao revés,

⁵⁶⁵ No caso da energia originada das hidrelétricas isso é ainda mais evidente, já que o bem material necessário à exploração das atividades (o potencial de energia hidráulica) foi expressamente declarado como bem público (art. 20, VIII da Constituição), e, como muito bem anota Jorge Salomoni, os bens públicos são plasmados na Constituição como “um título de intervenção do Estado na economia” (SALOMONI, Teoria General... *op. cit.*, p. 359, nota de rodapé). Nessa senda, Cristiane Derani afirma que a geração de eletricidade “será sempre uma produção de interesse coletivo pela origem do recurso da produção e pela mercadoria que produz” (DERANI, Privatizações... *op. cit.*, p. 181).

⁵⁶⁶ MOREIRA, Direito das Concessões... *op. cit.*, p. 67.

⁵⁶⁷ SUNDFELD, A Administração Pública... *op. cit.*, p. 161, nota de rodapé n. 6.

propõe-se uma “interpretação evolutiva da Constituição plenamente compatível com sua letra”.⁵⁶⁸

Por que adotar tal expressão em solo brasileiro?

Primeiro, porque a expressão europeia pode ser perfeitamente aproveitada ainda que, em contraste com o que ocorre no sistema europeu, tenha-se como premissa a titularidade pública sobre as atividades autorizadas, insuperável nos termos do art. 21 da Constituição brasileira.

Segundo, e principalmente, porque *nenhuma das noções existentes parece dar conta da realidade das atividades autorizadas nos termos do artigo 21 da Constituição*. A expressão “serviço público” não serve, por conta da previsão clara do art. 175 da CF que afirma que apenas diretamente ou mediante concessão e permissão os serviços públicos podem ser prestados. De outro lado, tampouco serve a expressão “atividade econômica em sentido estrito” pura e simplesmente, já que esta é, por definição, utilizada para definir atividades do campo de titularidade privada (poder-se-ia aventar algo como “atividade econômica em sentido estrito de titularidade pública”, o que talvez mais complique do que facilite).

As expressões “serviço público virtual/impróprio” e “serviço de relevância/utilidade pública”⁵⁶⁹ são igualmente desajustadas para o caso, de acordo com o raciocínio aqui tecido. Com tais expressões, a doutrina faz referência a atividades do campo da *iniciativa privada*⁵⁷⁰ que possuem forte orientação e

⁵⁶⁸ A citação é de ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos... *op. cit.*, p. 226.

⁵⁶⁹ A noção de “serviço público impróprio”, “serviço público virtual” ou ainda “serviço de utilidade pública” é muito debatida na doutrina, sobretudo europeia. Em linhas gerais, trata-se de adjetivação atribuída a uma dada atividade *privada* que, por possuir forte ligação com o atendimento de necessidades coletivas, acaba sofrendo mais forte intervenção por parte do Estado. O tema efervesce na Europa porque, após a liberalização dos serviços públicos lá ocorrida, a noção acabou se aproximando dos “serviços de interesse econômico geral”: trata-se de atividades privadas que, por atenderem a um interesse público, submetem-se a mais intensa intervenção estatal, a qual se dá exatamente mediante instituição de prévia autorização para exercício da atividade. No Brasil, há autores que defendem a aplicação do conceito de “serviço público virtual” (ou outros nomes, tais como “serviço de relevância pública” ou “serviço de utilidade pública”) para atividades de titularidade dúplice, como saúde, educação e assistência social. Sobre a noção de serviço público virtual/impróprio, aprofundar em: JÊZE, Princípios generales... *op. cit.*, t. I, p. 41 e seguintes; MODESTO, Reforma do Estado... *op. cit.*; GROTTI, O Serviço Público... *op. cit.*, p. 116 e seguintes; ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos... *op. cit.*, p. 173 e seguintes; GARCÍA, Jorge Sarmiento. La licencia y la concesión como títulos habilitantes para la prestación de los servicios públicos. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Coord.). **Servicio Público y Policía**. Buenos Aires: Universitas, 2006, p. 177-180; ARIÑO ORTIZ, Principios... *op. cit.*, p. 555 e seguintes; CASSAGNE, La intervención... *op. cit.*, p. 35-41; MORENILLA, La actividad... *op. cit.*, p. 131-138.

⁵⁷⁰ Relevante pontuar, aqui, que há doutrina europeia que atenua o caráter estritamente privado do chamado “serviço público virtual ou impróprio”, como é o caso de Morell Ocaña, para quem as potestades administrativas sobre ditas atividades fazem inclusive supor que respondem ao exato oposto, configurando-se como atividades públicas nas quais há colaboração dos particulares

afetação a uma finalidade pública (no regime brasileiro, por exemplo, tem-se o exemplo das atividades de titularidade mista, quando prestadas por privados).⁵⁷¹

Alexandre ARAGÃO notou a conveniência de que, com relação às atividades autorizadas nos termos do art. 21 da CF, “seja adotada uma nomenclatura que as distinga, tanto dos serviços públicos, como das atividades sujeitas ao poder de polícia tradicional”, para tanto propondo a noção de “atividades privadas de interesse público” e “atividades econômicas de interesse geral”.⁵⁷² Ocorre que o autor, como já salientado, abraça a noção *européia* de serviços de interesse econômico geral, fazendo com que praticamente equivalham aos “serviços públicos virtuais”, eis que parte da premissa da titularidade *privada* da atividade em questão. Aliás, é justamente como “serviços públicos virtuais ou impróprios” que Alexandre ARAGÃO enquadra a natureza das autorizações mencionadas no art. 21 da Constituição, que denomina de “atividades privadas regulamentadas”,⁵⁷³ o que é plenamente coerente com o pensamento do autor, para quem as atividades autorizadas são *privadas* e não públicas – com o que, conforme já dito, não se concorda.⁵⁷⁴

Também Marçal JUSTEN FILHO anotou a possibilidade de se identificar uma “terceira espécie, um conceito intermediário entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito”, que se reportaria a “atividades que apresentam características peculiares a ambos os conceitos e cujo regime jurídico não é integral

(MORELL OCAÑA, L. **Curso de Derecho Administrativo**. 4.ed. T. II. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 170).

⁵⁷¹ Paulo Modesto, em instigante proposta, sustenta a utilização do conceito de *serviços de relevância pública* para as atividades do campo de titularidade dúplice, visto que estas “constituem zona jurídica intermediária, rol de atividades que dispensa título especial de autorização tanto para o Estado quanto para os particulares” (MODESTO, Reforma do Estado... *op. cit.*, p. 456; 464).

⁵⁷² ARAGÃO, Agências Reguladoras... *op. cit.*, p. 163.

⁵⁷³ A expressão “atividade privada regulamentada” já constava de: PARADA, Ramón. **Derecho Administrativo**. 10.ed. v. I. Madri: Marcial Pons, 1998, p. 496. Villar Palasí prefere falar em “atividades privadas disciplinadas” (*apud* PARADA, Derecho Administrativo, *op. cit.*, p. 496).

⁵⁷⁴ ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos... *op. cit.*, p. 183 e seguintes. Noutra oportunidade, contudo, o autor afirma: “Na qualificação das atividades privadas sujeitas a autorizações continuadas há duas opções extremas: assimilá-las ao serviço público, mas a um ‘serviço público virtual’ ou ‘impróprio’; ou, como nos parece correto, considerá-las atividades privadas submetidas a técnicas da polícia administrativa, que neste caso, teria, contudo, uma intensidade maior da que possui em seus clássicos contornos oitocentistas”. (ARAGÃO, Agências Reguladoras... *op. cit.*, p. 168). Adiante, o autor esclarece sua opinião, ao mencionar que a questão é sobretudo de nomenclatura, sendo melhor evitar a expressão “serviço público virtual ou impróprio” para que não se tente aplicar a estas atividades o mesmo regime dos serviços públicos. De todo modo, o autor deixa claro seu pensamento ao afirmar que as atividades do art. 21, X a XII da Constituição podem ser (i) serviços públicos ou (ii) serviços impróprios ou virtuais, ou seja, atividades privadas sujeitas a uma regulação de natureza autorizativo-operacional (*ibidem*, p. 174). A ligação entre os serviços públicos virtuais e as atividades privadas regulamentadas é realizada em: PARADA, Derecho Administrativo, *op. cit.*, p. 496-497.

ou exclusivamente de Direito público ou de Direito privado”.⁵⁷⁵ O autor reflete que esse conceito intermédio, sob certo ângulo, retoma a noção de serviço público virtual (atividades econômicas *privadas* de interesse coletivo), mas aponta – e aqui está o ponto nodal – que é possível “reconhecer que tais atividades continuam na titularidade do Estado e que, portanto, seu exercício não se enquadra propriamente no âmbito da livre iniciativa”.⁵⁷⁶

Para JUSTEN FILHO, a grande alteração com relação a tais “serviços públicos impróprios de titularidade estatal” seria, justamente, o fato de que seu “desenvolvimento não necessita fazer-se em situação de ausência de competição, inclusive pelo desaparecimento da característica de monopólio natural”. E remata: “essa terceira espécie seria integrada por atividades que, anteriormente configuraram-se como serviços públicos e por outras que, originalmente privadas, acabaram adquirindo relevância para fins coletivos”, ou seja, trata-se de “atividades que vão emigrando do âmbito do Direito público, mas que não se deslocam integralmente para o âmbito do Direito privado”. O autor sugere, para nominar tais atividades, a expressão “serviços de interesse público” e “serviços de interesse coletivo”, reafirmando a necessidade de “utilização de expressão específica para indicação desse campo conceitual distinto”.⁵⁷⁷

A seu turno, Sara Jane Leite de FARIAS reconhece a peculiaridade das atividades autorizadas nos termos do art. 21 da CF, ao afirmar que estas se encontram

[...] numa posição intermediária entre a *livre iniciativa*, em que as atividades de ordem econômica são realizadas em regime exclusivamente de direito privado, cujo ato de consentimento estatal é a licença, conferido no exercício da polícia administrativa, e os *serviços públicos prestados em regime público*, executados de forma centralizada pelo Estado ou descentralizada, mediante delegação ao particular, por meio de um contrato de concessão ou permissão.⁵⁷⁸

Assim, concordando *parcialmente* com Carlos Ari SUNDFELD,⁵⁷⁹ a expressão específica para indicação do campo conceitual das atividades descritas

⁵⁷⁵ JUSTEN FILHO, O Direito das Agências... *op. cit.*, p. 323.

⁵⁷⁶ *Ibidem*, *idem*. Destacou-se.

⁵⁷⁷ *Ibidem*, p. 324-325.

⁵⁷⁸ FARIAS, Regulação jurídica... *op. cit.*, p. 155.

⁵⁷⁹ SUNDFELD, A Administração Pública... *op. cit.*, p. 161. A expressão destacada será logo justificada.

pelo art. 21, XI e XII da Constituição, pode ser a de “serviços de interesse econômico geral”, desde que se evite a ligação automática com o conceito europeu.

Como seriam definidos, então, os *Serviços de Interesse Econômico Geral no Brasil*? Configurariam atividades de *titularidade pública*, outorgadas aos privados mediante *autorização* (regulatória), submetidas a um regime jurídico essencialmente de direito privado,⁵⁸⁰ atinentes a setores econômicos infraestruturais (telecomunicações, transportes, energias) e destinadas a neles instituir mercado concorrencial, de modo a minimizar os efeitos perversos do regime monopolista. Eles não constituem um “gênero”, correspondendo a todas as atividades do art. 21 da CF; constituem *espécie*, reportando-se apenas às atividades do art. 21 quando exploradas mediante *autorização* (quando exploradas mediante concessão ou permissão, serão qualificadas como serviços públicos).

Aqui está, justamente, o ponto em que se discorda de Carlos Ari Sundfeld: para o autor, a denominação deve ser aplicada ao gênero das atividades descritas no art. 21 da CF, enquanto que, em nossa opinião, deve ser aplicada apenas à espécie das atividades ali descritas, quando submetidas à autorização. Nos demais casos (permissão e concessão), ante a existência de dispositivo constitucional específico (art. 175), seguem sendo qualificadas como serviços públicos. Alexandre ARAGÃO reflete de forma semelhante e também discorda da proposta de Sundfeld, expondo que a noção de serviço de interesse econômico geral “só pode ser utilizada para os serviços autorizados, até porque, mesmo na Europa, não se substituiu integralmente o conceito tradicional de serviço público como *publicatio*”.⁵⁸¹

O nome do “gênero” das atividades descritas no art. 21 da CF/88 poderia ser retratado, na visão aqui pugnada, como “atividades econômicas públicas especialmente reguladas”, reportando-se ao pensamento de Egon Bockmann MOREIRA.⁵⁸²

Paralelo entre os serviços de interesse econômico geral na Europa e no Brasil foi feito por Sara FARIAS:

⁵⁸⁰ Afigura-se-nos impossível que a legislação infraconstitucional preveja para a exploração das autorizações regulatórias um regime jurídico de direito público, idêntico ao dos serviços públicos. Tal circunstância, consoante postura acima apresentada, convolaria a atividade autorizada em serviço público, o que não nos parece adequado.

⁵⁸¹ ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos... *op. cit.*, p.164, nota de rodapé.

⁵⁸² MOREIRA, Direito das concessões... *op. cit.*, p. 67.

Os serviços universais corresponderiam aos serviços prestados num regime de direito público, mediante concessão e permissão, em que se devem respeitar os princípios da universalização e modicidade das tarifas. Já os serviços econômicos gerais corresponderiam aos serviços prestados no regime de direito privado, mediante autorização vinculada.⁵⁸³

Na conclusão de sua obra, a autora expõe a existência de uma

[...] convivência entre dois tipos de serviços de interesse geral que ainda no Brasil são tratados como serviço público, porém, com uma tradução diferenciada. Em nosso país, os serviços universais correspondem aos prestados sob o regime público e os serviços de interesse econômico geral, correspondem a um serviço público envolvendo atividade econômica, sob a regulação estatal.⁵⁸⁴

No mesmo passo, Marcos Juruena Vilela SOUTO, ao tratar das autorizações no setor de telecomunicações, afirma que:

[...] introduziu-se no direito brasileiro o conceito de “serviço público prestado em regime privado”, por meio de “autorizações vinculadas”. Trata-se da versão brasileira do conceito de “serviço de interesse econômico geral” da União Europeia, que não exclui a liberdade de iniciativa no desenvolvimento de atividades econômicas definidas como serviços públicos. A titularidade da atividade é estatal, mas o particular pode obter a autorização para explorá-la em competição com o concessionário e o permissionário, em regime privado e sem as obrigações de continuidade e modicidade de custos.⁵⁸⁵

Noutra oportunidade, repisa:

A incorporação ao direito brasileiro das noções europeias de “serviço de interesse econômico geral” (aqui, muitas vezes, traduzida como “serviços públicos prestados em regime privado”), acabou por implicar o uso da “autorização” para admitir a prestação, em regime privado, de serviços públicos [...]. Neste caso, a lei definirá que atividades podem ser objeto de autorização; entretanto, ao contrário do que ocorre no modelo americano, a titularidade da atividade autorizada permanece com o Poder Público [...] o que implica que a eventual modificação do regime por lei não significa supressão de uma liberdade de iniciativa (ainda que acarrete o dever de indenizar os direitos já conferidos e sacrificados pela inovação).⁵⁸⁶

A posição aqui defendida parece dar conta de, da forma mais exata possível, apreender as especificidades da natureza jurídica da atividade alvo das autorizações do art. 21 da CF/88, que não pode ser serviço público, nem atividade econômica

⁵⁸³ FARIAS, Regulação jurídica... *op. cit.*, p. 49.

⁵⁸⁴ *Ibidem*, p. 195.

⁵⁸⁵ SOUTO, Direito Administrativo das Concessões, *op. cit.*, p. 32.

⁵⁸⁶ SOUTO, Direito Administrativo Regulatório, *op. cit.*, p. 77.

privada, nem “serviço público virtual” ou qualquer coisa que o equivalha. Trata-se de uma atividade *sui generis* que, *a priori*, não possui natureza definida, podendo ser qualificável ou não como serviço público a depender das escolhas legislativas. Conforme se demonstrará, a partir da década de 90 do século XX o legislador ordinário optou por *qualificá-las e não qualificá-las como serviço público ao mesmo tempo*, admitindo a utilização concomitante da concessão, permissão e autorização e, dessa forma, engendrando a convivência de diversos prestadores de um mesmo serviço, sujeitos a diferentes regimes jurídicos.

Esclarecedora a passagem de Floriano de Azevedo MARQUES NETO, para o qual, segundo a Constituição, a autorização é um

[...] instrumento posto à disposição de União para ensejar o exercício de suas competências materiais no tocante aos serviços referidos nos incisos XI e XII do artigo 21, sem contemplar um regime de delegação para prestação sob a égide do serviço público [...] para franquear aos particulares a prestação, em regime de liberdade, de atividades sujeitas a delegação em regime de serviço público, introduzindo entre nós o mecanismo da assimetria de regimes jurídicos na oferta de atividades constitucionalmente reservadas à titularidade da União.⁵⁸⁷

O raciocínio proposto, note-se, supera o embate a respeito da possibilidade ou não de se prestar um serviço público sob regime de direito privado. Serviços públicos, segundo se apresentou, devem ser prestados sob regime de direito público – ao menos, predominantemente público. Ocorre que as atividades descritas no art. 21, XI e XII, da CF, não são *necessariamente* serviços públicos. Poderão sê-lo, ou não (ou sê-lo e não sê-lo ao mesmo tempo), a depender do que dispuser o legislador infraconstitucional. Quando qualificadas como serviços públicos, submeter-se-ão a regime de direito público e serão prestadas diretamente ou mediante concessão ou permissão; quando não qualificadas como tal (aqui, constituindo serviços de interesse econômico geral), serão prestadas sob regime de direito privado, mediante autorização.

Noutras palavras: na compreensão aqui defendida, serviços públicos submetem-se necessariamente ao regime especial, predominantemente de direito público, guiado pelo art. 175 da CF/88, pela Lei Geral de Concessões (Lei n. 8.987/85) e demais diplomas aplicáveis. No entanto, as atividades econômicas públicas referidas no art. 21 da CF/88 não são necessariamente serviços públicos:

⁵⁸⁷ MARQUES NETO, Bens Públicos, *op. cit.*, p 187.

daí a possibilidade de, quando não qualificadas como tal, serem prestadas sob regime privado, mediante autorização. Como aponta Vitor SCHIRATO, “as autorizações, embora sujeitas a intensa regulação estatal, *não implicam a existência do regime de serviço público*, tendo em vista que as atividades autorizadas não são serviços públicos”.⁵⁸⁸

Por conta desses apontamentos é que se discorda dos autores que entendem ser possível a prestação de serviços públicos sob regime de direito privado. É possível que atividades *qualificáveis como* serviços públicos sejam prestadas sob regime de direito privado; no entanto, uma vez *qualificadas como* serviço público, o regime jurídico de sua prestação será o regime do serviço público, o que, todavia, não impede que a mesma atividade seja *qualificada como coisa outra*, que não serviço público (propôs-se a expressão europeia “serviço de interesse econômico geral” para dar conta dessa situação), e, aí sim, possa ser explorada sob regime de direito privado, mediante autorização.

Tomando por base todas essas reflexões, pode-se constatar que nas autorizações que aqui se nomearam autorizações regulatórias, ocorre algo *entre a outorga de serviços públicos e a regulação estatal de atividades econômicas privadas*. Em tais autorizações, o Estado faz menos que delegar um serviço público (eis que de serviço público não se trata), mas faz mais do que simplesmente regular uma atividade econômica privada, visto que a atividade em questão é de titularidade pública, tendo o Estado sobre ela muito mais “poderes” – inclusive de condução e conformação da atuação privada, ainda que autorizada. Na acertada conclusão de Egon Bockmann MOREIRA, “Autorizar por meio de atos administrativos negociais é menos que conceder e permitir, mas é muito mais que só regular e muitíssimo mais que liberalizar”.⁵⁸⁹

⁵⁸⁸ SCHIRATO, Livre Iniciativa... *op. cit.*, p. 317. Provocante, nesse caminho, a proposta de Carlos Ari Sundfeld, que sustenta a superação de todas essas categorias “tradicionais” (serviço público, serviço público impróprio, atividades privadas de relevância pública, etc.) e sua substituição pela noção única de *regulação*, diferente e mais ou menos intensa a depender do caso. Nessa aproximação, o serviço público seria simplesmente uma das possíveis modalidades de regulação de uma atividade econômica (a proposta foi apresentada em palestra, relatada por Alexandre Aragão: ARAGÃO, O serviço público e as suas crises..., *op. cit.*, p. 433). A proposta deve ser encarada com cautela, conforme anotou Juan Carlos Cassagne ao afirmar que “a grande mudança nos serviços públicos dos anos 90 consiste em aceitar a compatibilidade das cargas e prerrogativas de direito público com a concorrência dentro e fora do serviço”, o que difere em muito de sustentar que deve ser abandonada a ideia da *publicatio* e substituí-la por uma noção “ambivalente”, “polifacetária” e “multívoca” como é a noção de regulação econômica (CASSAGNE, El servicio publico en el campo... *op. cit.*, p. 62).

⁵⁸⁹ MOREIRA, Direito das Concessões... *op. cit.*, p. 69.

SANTAMARÍA PASTOR afirma que a atividade econômica que não seja qualificada como serviço público deve ser considerada simplesmente como atividade privada sujeita ao poder de polícia, seja ele mais ou menos intenso. Para o autor, “não parece que essas tentativas de elaborar categorias híbridas” – como se está aqui propondo – “sejam tecnicamente justificáveis”, haja vista que, em sua visão, “não existe diferença qualitativa alguma entre essas atividades (atividades privadas de interesse público) e quaisquer outras submetidas a um nível inferior de intervenção administrativa”. No entanto, o autor prossegue, sopesando:

[...] utilizar esses conceitos híbridos entre serviços públicos e atividades privadas só faria sentido se fosse para justificar a atribuição à Administração de poderes de direção e controle que seriam exorbitantes e injustificados se baseados em uma mera intervenção policial.⁵⁹⁰

Ora, é exatamente esse o ponto: no Brasil, ao que se interpreta, faz todo sentido inserir uma categoria “híbrida” entre o serviço público e a atividade econômica privada de interesse público, haja vista a existência de atividades *de titularidade pública* que não reconduzíveis a nenhuma das categorias, e consequentemente, a existência de poderes administrativos não pautados meramente na função de polícia. A atividade não é privada, e sim pública, do que deriva a possibilidade de maior incisão estatal em sua prestação – intervenção esta que não se pauta na mera função de polícia. Daí que a crítica de Santamaría Pastor, na realidade, acaba por arrimar o pensamento aqui desenvolvido.

Pode-se falar, assim, como afirma ARAGÃO, num “sem-número de ‘degradés’ de graus de intervenções regulatórias”, haja vista que, “diante de diferentes graus de interesse público envolvidos e cada uma das atividades econômicas, haverá diferentes regimes de intervenção estatal, em intensidades igualmente díspares”.⁵⁹¹ Tratando do assunto, aponta SCHIRATO que “[...] o direito positivo impõe graus de restrição muito variados ao empreendimento, por particulares, das atividades materialmente concorrentes com os serviços públicos”, graus que variam desde a impossibilidade absoluta do empreendimento

⁵⁹⁰ SANTAMARÍA PASTOR, Juan. **Principios de Derecho Administrativo**. V. II. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, p. 309-310.

⁵⁹¹ ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos... *op. cit.*, p. 244.

(monopólios) até a liberdade absoluta, perpassando pela necessidade de obtenção de autorizações reguladas e “títulos habilitantes da administração ordenadora”.⁵⁹²

José Souvirón MORENILLA enfrenta o tema de forma ímpar, elaborando uma “escala de *publicatio*” que vai desde o serviço público com titularidade pública exclusiva até os serviços privados livres, passando por dois níveis intermediários: os serviços prestados pela Administração sem titularidade pública exclusiva e os serviços privados de interesse público.⁵⁹³ O autor aponta, todavia, que dita “escala de *publicatio*” descreve uma “gradação de variantes institucionais diversas”, mas que “seus níveis são tangentes e não estritamente estanques”, de forma que é possível encontrar, nas zonas intermédias, “novas categorias” (dentre as quais o autor cita as “obrigações de serviço público”),⁵⁹⁴ inclusive sendo, às vezes, complexo elucidar em que “nível” da escala essas variantes híbridas se encontrarão. No que toca aos serviços de interesse econômico geral europeus, que aqui interessam, o autor em princípio afirma poder inseri-los dentro da categoria das “atividades privadas de interesse público”,⁵⁹⁵ no entanto, posteriormente, pondera ser possível criar para eles uma nova categoria, um novo nível na escala, que denomina “serviços privados com ‘obrigações de serviço público’”, sujeitos a uma neorregulação.⁵⁹⁶

Pedro GONÇALVES retrata o quadro na mesma linha, ao analisar a situação das atividades liberalizadas na Europa:

Tais tarefas, embora privatizadas, não são por isso puramente privadas, pois estão sujeitas a uma “programação” ou “disciplina” pública incompatível

⁵⁹² SCHIRATO, Livre iniciativa... *op. cit.*, p. 309.

⁵⁹³ MORENILLA, La actividad... *op. cit.*, p. 499-504.

⁵⁹⁴ *Ibidem*, p. 504-505.

⁵⁹⁵ *Ibidem*, p. 503.

⁵⁹⁶ *Ibidem*, p. 508. Rafael Caballero Sánchez distingue seis níveis distintos: atividades livres; atividades livres sujeitas a comunicação ou declaração; atividades livres sujeitas a autorização; *atividades livres sujeitas a autorização operativa, conformadora ou regulatória*; atividades reservadas à Administração; e, finalmente, atividades excluídas ou proibidas (SÁNCHEZ, Rafael Caballero. *Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*. Madrid: Ilustel, 2011, p. 46. Jean-François Lachaume *et al.* enfrentam o tema ao analisar a intensidade variável do liame das atividades às pessoas públicas (LACHAUME, Jean-François; BOITEAU, Claudie; PAULIAT, Hélène. *Grands Services Publics*. 2. Ed. Paris: Armand Colin, 2000, p. 35-38). Pedro Gonçalves, atendo-se às atividades privadas somente, distingue cinco níveis de gradação: direito subjetivo perfeito (atividades livres); direito subjetivo de exercício dependente de comunicação; direito subjetivo de exercício condicionado por uma autorização; *interesse legalmente protegido*; e faculdade excepcional (GONÇALVES, A Concessão... *op. cit.*, p.75-76). O autor inscreve as “autorizações constitutivas” e licenças na categoria destacada (interesse legalmente protegido), na categoria de *mera posição procedimental*, haja vista tratar-se de atividades privadas de acesso limitado (*ibidem*, p. 76).

com uma mera responsabilidade administrativa de controle. Para assinalar a dimensão não puramente privada dessas atividades, são introduzidos no léxico jurídico-administrativo conceitos novos [...]: em qualquer caso, pretende-se destacar o *degrau intermédio* entre os setores público e privado que essas atividades ocupam.⁵⁹⁷

Tal raciocínio pode ser aproveitado, visto que, como afirma o próprio GONÇALVES, a circunstância de esta responsabilidade-garantia aparecer atualmente associada (na Europa) a deveres especiais da Administração em relação a *atividades privadas*, “não significa, no entanto, que a mesma fórmula não possa aplicar-se em relação a *atividades públicas*”,⁵⁹⁸ como no caso brasileiro.

Como constata PAREJO ALFONSO *et al.*, é possível enxergar certa gradação mesmo dentro da técnica autorizatória, visto que nem todas as regulações operadas a partir de autorizações respondem ao seu modelo ideal (de controle preventivo – “polícia”), sendo apreciável “uma grande variedade de soluções, em direta dependência do grau de intensidade da intervenção administrativa na matéria”. Assim, a autorização “de controle” pode formar parte de um conjunto mais amplo retratado pela política pública setorial, empregada como técnica suplementar a uma anterior intervenção mais intensa.⁵⁹⁹

Ante o exposto, constata-se que as autorizações regulatórias referem-se a atividades que, titularizadas pela União e *a priori* qualificáveis como serviços públicos (e, *nessa qualidade*, outorgáveis mediante concessão ou permissão, nos termos do art. 175 da CF), podem, na prática, despir-se de sua “roupagem de serviço público” e de todas as consequências daí advindas (em destaque, a submissão ao regime jurídico especial do serviço público, predominantemente de direito público), trajando as vestes de uma “atividade econômica especial”, um “serviço de interesse econômico geral” que, por ser (mesmo nessa hipótese) de titularidade pública, dependerá de um ato estatal de outorga para ter seu acesso franqueado ao particular. Tal ato de outorga, nos termos do art. 21 da CF/88, será a autorização (regulatória).

Espera-se que a argumentação tenha sido clara o suficiente para subsidiar as críticas às opiniões doutrinárias apresentadas e, principalmente, para sustentar a posição adotada pelo pesquisador, e, assim, endossar a conclusão que aponta a *natureza jurídica sui generis da atividade submetida à autorização regulatória*,

⁵⁹⁷ GONÇALVES, A Concessão... *op. cit.* p. 11.

⁵⁹⁸ *Ibidem*, p. 12.

⁵⁹⁹ PAREJO ALFONSO, *et. al*, Manual... *op. cit.*, p. 489-490.

consistente num tertium genus entre o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito, e que pode ser enquadrada como serviço de interesse econômico geral, desde que se faça passar o conceito no filtro constitucional brasileiro (em destaque, para manter o critério orgânico). As atividades descritas no art. 21 da CF/88 são, portanto, *atividades econômicas públicas especialmente reguladas* – gênero –, que, na prática, podem ser qualificadas como – espécies – serviços públicos (quando prestadas diretamente, pela União, ou indiretamente, por privados, mediante concessão ou permissão) ou como serviços de interesse econômico geral (quando prestadas por privados, mediante autorização).

2. REGIME JURÍDICO DAS AUTORIZAÇÕES REGULATÓRIAS: ASPECTOS DA LEGISLAÇÃO SETORIAL

Explicitada a peculiaridade da natureza jurídica da atividade autorizada nos termos do art. 21 da Constituição, insta prosseguir no estudo do tema pesquisado, tratando doravante do regime jurídico a que estão submetidas as autorizações regulatórias.

Nesse diapasão, a configuração do regime jurídico a que se submeterá, em cada caso, a atividade autorizada, dar-se-á em três diferentes níveis:

- (i) um nível mais abstrato, representado pelo plano constitucional, como consequência da natureza jurídica da atividade autorizada;
- (ii) um nível intermediário, representado plano infraconstitucional da legislação setorial, com fulcro nas disposições normativas que densificam o art. 21 da CF/88 e preveem a autorização nos setores econômicos ali referidos;
- (iii) um nível concreto, representado pela práxis regulatória, mediante análise da forma pela qual a Agência Reguladora setorial se utiliza da figura na prática, caso a caso, para outorgar ao privado a exploração da atividade em questão.⁶⁰⁰

⁶⁰⁰ Perceba-se, portanto, como todos os três planos de análise do regime jurídico da atividade autorizada são acentuadamente *normativos*. Aqui, vale o alerta de Carlos Ari Sundfeld: “O perigo maior quando se enfrenta problemas jurídicos concretos relativos a essas atividades é o de ignorar as normas. Isso, convém alertar, vem ocorrendo com frequência: recorre-se acriticamente às lições doutrinárias (umas, velhíssimas e desatualizadas; outras, copiadas sem reflexão de livros estrangeiros, muitas vezes mal-lidos; algumas, ditadas por vinculações econômicas, partidárias ou

O primeiro plano, constitucional, é imantado pela compreensão da natureza jurídica da atividade submetida às autorizações regulatórias. Destarte, como a opinião acima defendida sustenta que por intermédio de referidas espécies autorizatórias não se outorga ao privado um serviço público, e considerando que, na nossa visão, o critério formal (regime jurídico especial, de direito público) é dos mais relevantes para a conceituação do serviço público, saca-se desde já uma conclusão absolutamente relevante: *o regime jurídico de exploração da atividade autorizada não será o regime especial do serviço público, ou seja, não será um regime de direito público, e sim justamente o contrário, comportando um regime essencialmente de direito privado – essencialmente, frise-se, mas não exclusivamente*, daí a pertinência da expressão “direito privado administrativo”, em respeito às vicissitudes que a titularidade pública da atividade acarretam, conforme previr o legislador ao positivar as autorizações.

É exatamente aqui, no regime jurídico de exploração da atividade autorizada, que reside talvez o maior trunfo das autorizações regulatórias no que concerne ao seu aspecto finalístico (rompimento dos tradicionais monopólios públicos). Não se olvida, anote-se, que o art. 16 da Lei n. 8.987/95, ao prever como regra a outorga de concessões e permissões sem caráter de exclusividade, contribui para tal mister. No entanto, a consequência de tal abertura é, via de regra, menos “drástica” do que aquela propiciada pelas autorizações regulatórias: na prestação de *serviços públicos* por mais de um agente, não há assimetria nos regimes jurídicos de exploração (concessionários e permissionários submetem-se ao mesmo regime), sendo potencialmente menores os impactos ao mercado do serviço em questão do que aqueles propiciados pela instauração de concorrência entre prestadores num cenário de assimetria de regimes (concessionários e permissionários, de um lado, e autorizatários, de outro, estes sob regime jurídico diverso, de direito privado).⁶⁰¹

Desta feita, a perspectiva constitucional, relacionada à natureza jurídica da atividade autorizada, é um forte indicativo do regime jurídico a que esta se submeterá, na medida em que, em não sendo a atividade autorizada qualificada

personais), tentando encaixá-las à forma na realidade, sem o menor respeito ao Direito Positivo vigente” (SUNDFELD, Carlos Ari. A Regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 318).

⁶⁰¹ A afirmação, por certo, não é absoluta, podendo existir na prática casos em que a assimetria de regimes efetivamente prejudique aspectos da concorrência, ao lado de casos em que a prestação concorrencial sob o mesmo regime é eficiente.

como serviço público, a conclusão que se extrai é a de que não haverá submissão da atividade ao “regime jurídico de serviço público”, regime que, na opinião aqui defendida, deve ser conduzido por normas de direito público.

Tais indicações são corroboradas pela análise do segundo plano, o *infraconstitucional*. Consoante apresentado no histórico da Parte 2, o legislador brasileiro da década de 90 do século XX, influenciado pela onda de liberalizações europeias, previu as autorizações como instrumentos de outorga, aos privados, do direito de prestar atividades de titularidade estatal, ou seja, como mecanismos de instauração de regime concorrencial na prestação de atividades econômicas públicas.

A legislação infraconstitucional evitou reconduzir as autorizações ao regime das concessões e permissões, reconhecendo o legislador a inexistência de referência constitucional à expressão “autorização” no art. 175 da Constituição e, assim, a impossibilidade de submetê-las ao regime de serviço público. Esse reconhecimento foi importante, inclusive, para possibilitar a concretização do desiderato do legislador com tais autorizações, na medida em que, conforme enfrentado acima, a assimetria de regimes de exploração de uma mesma atividade é *a priori* saudável à frutificação da concorrência.

É de bom alvitre sublinhar que o ordenamento jurídico brasileiro adota solução difusa e específica para cada um dos setores regulados,⁶⁰² de sorte que as autorizações regulatórias estão previstas em legislações setoriais esparsas, específicas para cada setor econômico considerado. Conforme Carlos Ari SUNDFELD:

A Constituição e as leis, ao estabelecerem a titularidade, pelo Poder Público, de certas atividades econômicas em sentido amplo (como os serviços do art. 21, XII e XII da CF, que pertencem à União [...]) fazem-no, porém, com objetivos bastante variados. Não há um projeto constitucional único em relação a todos eles, do qual resultem objetivos comuns a atingir, mecanismos de exploração uniformizados ou regime jurídico universal.⁶⁰³

No mesmo senso, para Vitor SCHIRATO:

⁶⁰² Alexandre Aragão, com apoio em Santi Romano e Massimo Giannini, afirma poder ser falar na existência de Ordenamentos Setoriais regulados (ARAGÃO, Agências Reguladoras... *op. cit.*, p. 179 e seguintes).

⁶⁰³ SUNDFELD, A Regulação de preços... *op. cit.*, p. 318.

[...] não há como se pretender encontrar uma fórmula geral que determine qual o grau de restrição ao direito fundamental da livre iniciativa que será cabível quando se estiver diante de uma atividade econômica materialmente concorrente de um serviço público. Em qualquer caso, será necessária uma análise ponderativa específica para cada setor e para cada serviço público.⁶⁰⁴

Esse quadro normativo acaba fazendo com que, a bem da verdade, mesmo as autorizações regulatórias não constituam uma espécie estática e unívoca dentro do gênero das autorizações administrativas, haja vista que, em cada setor regulado, serão tratadas pela legislação de regência com algumas peculiaridades. Daí a possibilidade de existirem *diversas espécies (rectius, sub-espécies) de autorizações regulatórias, ao se considerar cada setor econômico regulado em apartado*.

Finalmente, para se delinear o regime jurídico a que se submeterá a atividade autorizada, o último degrau é representado pelo campo prático, averiguando como são expedidas em cada caso concreto as autorizações por parte da autoridade reguladora competente.

Nesse ponto, constata LAGUNA DE PAZ o despontar, no direito comunitário, de uma tendência legislativa de admitir que “o regime jurídico da atividade se veja crescentemente determinado pela própria autorização”, o que tem como consequência um “deslocamento do centro de gravidade da norma ao ato”, havendo maior protagonismo do título habilitando na definição do regime jurídico da atividade autorizada.⁶⁰⁵ Para o autor, tal deslocamento

[...] supõe uma maior flexibilidade na intervenção administrativa, que não se limitará a transladar um regime estereotipadamente fixado na norma, mas sim poderá adaptá-lo a cada iniciativa concreta. Sem embargo, como contrapartida, também supõe avançar na desregulação da atividade e incrementar a discricionariedade administrativa. A normativa cede maior relevância à autorização e, com isso, à própria Administração que concretizará o regime jurídico efetivamente vigente em cada caso.⁶⁰⁶

Miguel MARIENHOFF reflete que, enquanto o titular de uma concessão detém um *status* claro e preciso, o mesmo não ocorre com aquele que detém uma licença (autorização), na qual, “para estabelecer o verdadeiro e concreto *status* do

⁶⁰⁴ SCHIRATO, Livre Iniciativa... *op. cit.*, p. 311.

⁶⁰⁵ LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 215-216.

⁶⁰⁶ *Ibidem*, p. 216-217.

titular, há que se coordenar diversas notas jurídicas que apareçam no plexo de condições e no mérito do contrato formalizado”.⁶⁰⁷

No Brasil, pontua Sara Jane de FARIAS:

No âmbito das autorizações, a função normativa é exercida quando da definição das cláusulas integrantes do termo de autorização, como também durante sua vigência, posto que, em face da dinâmica dessas relações, pode o agente regulador alterar as condições previamente impostas a fim de tutelar permanentemente a ampla competição e a eficiência, adequando tais condições à realidade vigente em cada momento, mas sempre ponderando entre os custos e benefícios envolvidos.⁶⁰⁸

Por certo, as autorizações emitidas na prática não podem contrastar com as disposições legislativas. O que se quer dizer é que nem sempre as autorizações existentes num mesmo setor (ou mesmo para uma mesma atividade dentro desse setor) serão idênticas, podendo variar caso a caso, dentre outros fatores: (i) por conta da época de emissão da autorização, já que em razão dos velozes avanços tecnológicos em setores como o de telecomunicações, muitas vezes há diferentes “modelos” de autorizações, ainda que sob um mesmo marco legal; (ii) em virtude de alterações nas políticas regulatórias das Agências, constantemente em modulação em razão dos câmbios na política econômica brasileira; (iii) em razão da diversidade de atividades existentes dentro de um mesmo setor – a exemplo de telecomunicações, que abarca a telefonia fixa e móvel e a internet, dentre outras; e a energia elétrica, cuja geração pode ocorrer por usinas hidrelétricas, termelétricas, eólicas, nucleares e diversas outras fontes.

Deve-se aqui reconhecer que a presente pesquisa não poderia ter por objetivo analisar a totalidade da experiência prática regulatória na expedição de autorizações, felizmente vasta e riquíssima. O penoso trabalho de analisar à exaustão todos os termos de autorização existentes no setor de transportes, telecomunicações e energia elétrica, por si só, demandaria uma pesquisa (e uma dissertação) à parte.

Ainda assim, o tema pode ser pincelado numa aproximação introdutória, haja vista que algumas resoluções da ANATEL, a exemplo da Res. n. 328/2003 e Res. n. 582/2012, estabelecem modelos para os termos de autorização expedidos pela Agência para duas espécies de serviços. Ocorre que referidos modelos, no

⁶⁰⁷ MARIENHOFF *apud* SALOMONI, Teoria General... *op. cit.*, p. 351.

⁶⁰⁸ FARIAS, Regulação jurídica... *op. cit.*, p. 144.

intento de servir à generalidade dos casos (provavelmente a serviço da isonomia), acabam por quase que simplesmente reprisar o conteúdo da legislação setorial (lei e resoluções da ANATEL), tornando a análise das autorizações na prática uma reprise da etapa anterior.

No setor elétrico ocorre algo semelhante: os editais dos leilões realizados para a outorga de autorizações trazem uma minuta dos termos de autorização, que basicamente repetem as disposições legislativas – vide, por exemplo, o Anexo III do Edital n. 07/2010-ANEEL, disponível no sítio eletrônico da Agência Reguladora (www.aneel.gov.br).

Diante disso, já abordado o plano constitucional e constatada a impossibilidade de se analisar a fundo o plano concreto diante da infinidade de autorizações existentes na prática, passa-se a analisar o plano intermédio definidor do regime jurídico das autorizações, ou seja: as previsões setoriais na área de energia elétrica, telecomunicações e transportes, com destaque para a recente modificação no regime de exploração dos portos.

Em verdade, o plano infraconstitucional (da legislação setorial) é o mais importante para a definição do regime jurídico e dos contornos das autorizações regulatórias no ordenamento jurídico brasileiro: é o legislador ordinário que, regulamentando o contido no art. 21, XI e XII da Constituição (sem contrariar o diploma constitucional, por óbvio), opta pela maneira que entende mais pertinente para organizar as atividades ali descritas – se serão prestadas diretamente pelo Estado, ou se haverá outorga mediante concessão e permissão, ou se admitirá a autorização (e como o fará).

Nesse norte, Marçal JUSTEN FILHO afirma que “o serviço público, por ser de titularidade pública, será prestado nas condições estabelecidas pelo ente político que for seu titular”.⁶⁰⁹ Igualmente, leciona Carlos Ari SUNDFELD que, em relação às atividades descritas no art. 21 da Constituição, o legislador dispõe de um amplo “poder de conformação”, de sorte que “compreender o regime jurídico das atividades estatais exploradas por particulares supõe, portanto, a pesquisa e consideração da *legislação de regência*”.⁶¹⁰ A seu turno, Almiro do COUTO E SILVA constata que “a Constituição emprega a palavra ‘autorização’ sem lhe definir desde logo o sentido”, ficando “ao legislador ordinário a tarefa de atribuir ao conceito de ‘autorização’

⁶⁰⁹ JUSTEN FILHO, *Direito das Concessões...* *op. cit.*, p. 39.

⁶¹⁰ SUNDFELD, *A Regulação de preços...* *op. cit.*, p. 318.

contornos mais definidos”.⁶¹¹ Também para Vitor SCHIRATO o regime jurídico específico das autorizações mencionadas no artigo 21 da Constituição Federal será “decorrente da legislação aplicável, de acordo com a atividade autorizada que venha a constituir o objeto da autorização”.⁶¹²

Na Espanha, já constatou LAGUNA DE PAZ que é a lei que define o regime jurídico da atividade, na medida em que a autorização é uma técnica que, justamente, “permite à Administração controlar de maneira preventiva o cumprimento das exigências previstas na norma”, o que inclusive explica, para o autor, por que as autorizações podem servir como instrumentos de política mais ou menos intervencionista, animadas inclusive pela ideia de conformar o setor. A lei – e não a autorização – é, assim, a “peça mestra do sistema”.⁶¹³

É o legislador ordinário, portanto, que, concretizando as disposições constitucionais, tem a atribuição de dar os contornos que entender mais ajustados à figura da autorização (desde que não afronte a Constituição, evidentemente). É exatamente esse o motivo pelo qual as autorizações regulatórias, como se argumentou na Parte 2, surgiram somente na década de 90 do século passado, a despeito de já haver disposições constitucionais anteriores praticamente idênticas às da atual Constituição de 1988: as autorizações, previstas de forma “fria” e objetiva na Constituição, ganham contornos mais definidos apenas com as previsões infraconstitucionais.

Dito isso, passa-se à análise das autorizações tal como previstas atualmente para os setores econômicos compreendidos no art. 21, XI e XII da CF/88, tendo como pano de fundo as mutações ocorridas (nos serviços públicos e nas autorizações) na década de 90 do séc. XX, analisadas na Parte 2. Cumpre asseverar, entretanto, que a legislação setorial não será analisada à exaustão e descendo às suas minúcias: são inúmeras as portarias e resoluções das Agências Reguladoras setoriais que tratam do tema. Optou-se, assim, por enfrentar apenas as disposições que se julgam mais importantes para tecer um pano de fundo geral, fazendo-se menção, quando for o caso, à legislação esparsa que trate do tema – mesmo porque, na maior parte dos casos, estas limitam-se a aplicar, para as

⁶¹¹ COUTO E SILVA, Privatização no Brasil... *op. cit.*, p. 474.

⁶¹² SCHIRATO, Livre Iniciativa... *op. cit.*, p. 315.

⁶¹³ LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 137-138.

diversas atividades dentro de cada setor, as orientações genericamente traçadas na lei, sem inová-las.

2.1. As autorizações no setor de telecomunicações

O setor de telecomunicações, embora não tenha sido o pioneiro (posição ocupada pelo setor elétrico), teve papel de destaque na configuração das autorizações regulatórias no Brasil: a mais recente legislação de telecomunicações, elaborada na década de 90 do séc. XX, descreve as autorizações administrativas de forma absolutamente diversa daquela usualmente realizada pela doutrina. Para comprová-lo, cumpre trazer à colação algumas disposições da Lei n. 9.472/97, a Lei Geral de Telecomunicações.

Visando à instituição de mercado concorrencial no setor, a legislação prevê de forma inovadora a assimetria de regimes na prestação de serviços de telecomunicações,⁶¹⁴ permitindo que a mesma atividade seja prestada à *coletividade* sob distintos regimes jurídicos (de direito público e de direito privado), nos termos dos artigos 63-66 da Lei n. 9.472/97:

Art. 63. Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados.

Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade.

Art. 64. Comportarão prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar.

Parágrafo único. Incluem-se neste caso as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral.

Art. 65. Cada modalidade de serviço será destinada à prestação:

I - exclusivamente no regime público;

II - exclusivamente no regime privado; ou

III - concomitantemente nos regimes público e privado.

§ 1º Não serão deixadas à exploração apenas em regime privado as modalidades de serviço de interesse coletivo que, sendo essenciais, estejam sujeitas a deveres de universalização.

§ 2º A exclusividade ou concomitância a que se refere o *caput* poderá ocorrer em âmbito nacional, regional, local ou em áreas determinadas.

⁶¹⁴ Como bem notado por Floriano Marques Neto, “o modelo se estrutura numa tentativa de equilíbrio entre universalização e competição. Para viabilizar estas duas metas concomitantes o sistema jurídico introduz um conceito denominado de *assimetria regulatória*” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito das Telecomunicações e ANATEL. In: SUNDFELD, Direito Administrativo Econômico... *op. cit.*, p. 307).

Art. 66. Quando um serviço for, ao mesmo tempo, explorado nos regimes público e privado, serão adotadas medidas que impeçam a inviabilidade econômica de sua prestação no regime público.

Feito isso, a legislação referida trata de apresentar como se dará a prestação do serviço nos regimes público e privado. Primeiramente, define a concessão de serviços (públicos) de telecomunicações:

Art. 83. A exploração do serviço no regime público dependerá de prévia outorga, pela Agência, mediante concessão, implicando esta o direito de uso das radiofrequências necessárias, conforme regulamentação.

Parágrafo único. Concessão de serviço de telecomunicações é a delegação de sua prestação, mediante contrato, por prazo determinado, no regime público, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais, remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas e respondendo diretamente pelas suas obrigações e pelos prejuízos que causar.

Posteriormente, trata da permissão de serviço (público) de telecomunicações, prevista com caráter transitório – o que merece elogios por permitir ao intérprete diferenciá-la de forma clara da concessão:

Art. 118. Será outorgada permissão, pela Agência, para prestação de serviço de telecomunicações em face de situação excepcional comprometedora do funcionamento do serviço que, em virtude de suas peculiaridades, não possa ser atendida, de forma conveniente ou em prazo adequado, mediante intervenção na empresa concessionária ou mediante outorga de nova concessão.

Parágrafo único. Permissão de serviço de telecomunicações é o ato administrativo pelo qual se atribui a alguém o dever de prestar serviço de telecomunicações no regime público e em caráter transitório, até que seja normalizada a situação excepcional que a tenha ensejado.

Finalmente – e aqui está a parte que mais interessa à presente pesquisa –, a Lei Geral de Telecomunicações trata, nos artigos 126 e seguintes, da exploração do serviço de telecomunicações no regime privado, e prevê como figura habilitante ao particular justamente a autorização. Destacam-se os seguintes dispositivos:

Art. 126. A exploração de serviço de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica.

[...]

Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias.

§ 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.

Fica claro que as disposições da Lei Geral de Telecomunicações acerca das autorizações são contundentes em apontar para uma superação do paradigma de autorização de polícia no que se refere às atividades de telecomunicações (previstas no art. 21 da Constituição). Aqui, há plena adequação a tudo quanto se disse anteriormente, porquanto:

- (i) o *serviço público* de telecomunicações, destinado a satisfazer necessidades coletivas básicas, é prestado exclusivamente mediante *concessão e permissão*, conforme art. 175, e *sob regime jurídico de direito público*;
- (ii) há serviços de telecomunicações *abertos à coletividade* e prestados mediante *autorização*, que se submetem a um *regime jurídico de direito privado* (administrativo), baseado nos princípios constitucionais das atividades econômicas, e que claramente não podem ser qualificados como serviços públicos;⁶¹⁵
- (iii) a autorização tem como finalidade primordial instituir a concorrência na prestação de serviços de telecomunicações.⁶¹⁶

Conforme pontua Ana Maria NUSDEO, é na articulação da prestação dos serviços de interesse coletivo concomitantemente nos dois regimes, o público e o privado, que reside a possibilidade de concorrência;⁶¹⁷ sendo essa dicotomia de regimes, na dicção de Helena de Araújo Lopes XAVIER, a “pedra de toque” da LGT.⁶¹⁸ Prossegue a autora, ao tratar do “princípio da concomitância”:

Diversamente, porém, do que estabelecia o Código Brasileiro de Telecomunicações, a *mesma atividade* técnico-material de telecomunicações, dotada da mesma funcionalidade para o usuário e executada através do mesmo tipo de meios de suporte, como é o STFC, constitui hoje objeto de *execução concomitante em regime privado e em regime público*.⁶¹⁹

⁶¹⁵ Isso é reforçado pelo art. 135 da LGT: “A Agência poderá, excepcionalmente, em face de relevantes razões de caráter coletivo, condicionar a expedição de autorização à aceitação, pelo interessado, de compromissos de interesse da coletividade”.

⁶¹⁶ Essa busca pela concorrência resta muito bem representada pela Resolução n. 600/2012 da ANATEL, que aprovou o Plano Geral de Metas de Competição no âmbito das telecomunicações.

⁶¹⁷ NUSDEO, Agências Reguladoras..., *op. cit.*, p. 175.

⁶¹⁸ XAVIER, Helena de Araújo Lopes. **O regime especial da concorrência no direito das telecomunicações**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 38.

⁶¹⁹ *Ibidem*, p. 41.

Almiro do COUTO E SILVA argumenta:

A circunstância de serem os serviços de telecomunicações de interesse coletivo não implica necessariamente devam eles ser prestados em regime público. Só quando modalidades de serviços de interesse coletivo forem essenciais e sujeitas a deveres de universalização é que sua exploração não será feita apenas em regime privado.⁶²⁰

E resume Floriano MARQUES NETO:

O serviço de interesse coletivo pode ser prestado por um concessionário (prestador em regime público), competindo com alguém que seja autorizado a prestar este serviço em regime privado. Este é um dos núcleos centrais do modelo, pois a formatação jurídica (que rompe com a ideia de coincidir serviço público com monopólio) permite a introdução da competição sem inviabilizar a universalização e a continuidade do serviço.⁶²¹

Conforme dito acima, não cabe aqui reproduzir toda a normatividade emanada da ANATEL a respeito das autorizações mencionadas pela LGT, eis que, para além de extensa, pouco contribui para os fins aqui intentados (delinear o regime jurídico geral a que estão submetidas as autorizações). Cumpre, no entanto, fazer referência às Resoluções n. 283/2001, 321/2002, 328/2003, 405/2005, 426/2005, 581/2012 e 582/2012, todas enfrentando diretamente ou de alguma forma tangenciando a temática das autorizações ao focar diferentes atividades de telecomunicações.

As disposições do setor de telecomunicações servem também – e de forma contundente – para corroborar a inutilidade do critério material na definição jurídica do serviço público, consoante antes se sustentou: basta perguntar a um usuário de telefone fixo que tenha experimentado mais de uma operadora qual a diferença material entre o serviço prestado por uma concessionária e por uma autorizada. O critério material, portanto, não serve (principalmente nos dias atuais) para diferenciar atividades qualificadas e não qualificadas como serviços públicos.

De outro turno, diante da novel legislação não há mais como afirmar que a autorização serve única e exclusivamente para “serviços privados”, no sentido de

⁶²⁰ COUTO E SILVA, Privatização no Brasil... *op. cit.*, p. 468-469.

⁶²¹ MARQUES NETO, Direito das Telecomunicações... *op. cit.*, p. 312. Sobre o processo de abertura do setor de telecomunicações, aprofundar em: FARACO, Regulação... *op. cit.*, especialmente p. 79-138.

serviços restritos ao interesse e ao gozo do particular autorizado. Isso ocorria na sistemática das legislações pretéritas dos setores de infraestrutura, hoje não mais.

Ademais, note-se como a legislação de telecomunicações atribuiu às autorizações caráter *vinculado* (art. 131, §1º, supracitado), e, além disso, previu hipóteses taxativas para sua extinção (art. 138 e seguintes) em clara dissonância com a doutrina usual, que afirmava que a autorização somente poderia se configurar como ato discricionário e absolutamente precário.

Assim, analisando a autorização prevista pela legislação de telecomunicações, Marcos Juruena Vilela SOUTO é claro em afirmar que esta não se confunde com a “autorização clássica (discricionária e precária), porque destinada a atribuir direitos de exploração do serviço público em regime privado para competição com o serviço prestado em regime público”.⁶²² No mesmo sentido, Floriano MARQUES NETO:

A autorização na Lei Geral de Telecomunicações é muito diferente daquilo que nós vimos na doutrina clássica administrativista. A razão principal para este fato é que o legislador achou por bem tratar a autorização em matéria de serviços e telecomunicações de forma diferenciada, por considerar superada a velha doutrina de classificação. A definição de autorização apresentada pela doutrina serviu durante muito tempo. No setor de telecomunicações, porém, não vale a classificação doutrinária.⁶²³

Nas palavras de Dinorá GROTTI, “o tratamento dado à autorização de serviço público de telecomunicações [...] inovou na matéria e rompeu com os conceitos tradicionais do Direito Administrativo Brasileiro”.⁶²⁴ Igualmente, Jacintho CÂMARA afirma que “o sentido dado pela LGT à autorização para prestar serviços de telecomunicações não obedeceu ao figurino traçado pela doutrina tradicional brasileira”.⁶²⁵

Ao que se denota, o setor de telecomunicações é uma grande referência contemporânea da mutação nas autorizações administrativas no Brasil: foi ele grande responsável pela previsão das autorizações como instrumentos regulatórios

⁶²² SOUTO, Direito Administrativo das Concessões, *op. cit.*, p. 177.

⁶²³ MARQUES NETO, Direito das Telecomunicações... *op. cit.*, p. 315.

⁶²⁴ GROTTI, Dinorá Musetti. Teoria dos Serviços públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Direito Administrativo Econômico, *op. cit.* p. 67.

⁶²⁵ CÂMARA, Autorizações administrativas... *op. cit.*, p. 624. Nessa esteira, alude Floriano Marques Neto que um dos grandes méritos da LGT foi a adoção de uma “concepção nova de formalismo, flexível, para a noção de interesse público, permitindo uma maleabilidade muito grande quanto à classificação dos serviços de telecomunicações e suas necessidades históricas, sua evolução tecnológica [...]”. (MARQUES NETO, Direito das Telecomunicações..., *op. cit.*, p. 310). Para aprofundar o estudo do setor de telecomunicações, cf., por todos: FARACO, Regulação... *op. cit.*

a serem utilizados para inserção de regime concorrência na prestação concomitante de atividades qualificadas e não qualificadas como serviços públicos, estas últimas prestadas em regime de direito privado. Entretanto, não foi a LGT a pioneira nesse mister: tal papel foi desempenhado pela legislação do setor de energia elétrica.

2.2. As autorizações no setor elétrico

Antes do setor de telecomunicações, o setor de energia elétrica já continha disposições relevantes acerca das autorizações administrativas, conferindo-lhes caracteres que confrontavam com a recorrente noção de autorização de polícia.

Mais genérica, a Lei n. 9.074 de 1995 assim previa:

Art. 6º As usinas termelétricas destinadas à produção independente poderão ser objeto de concessão mediante licitação ou autorização.

Art. 7º São objeto de autorização:

I - a implantação de usinas termelétricas, de potência superior a 5.000 kW, destinada a uso exclusivo do autoprodutor;

II - o aproveitamento de potenciais hidráulicos, de potência superior a 1.000 kW e igual ou inferior a 10.000 kW, destinados a uso exclusivo do autoprodutor.

Parágrafo único. As usinas termelétricas referidas neste e nos arts. 5º e 6º não compreendem aquelas cuja fonte primária de energia é a nuclear.

[...]

Art. 11. Considera-se produtor independente de energia elétrica a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco.

Parágrafo único. O Produtor Independente de energia elétrica estará sujeito às regras de comercialização regulada ou livre, atendido ao disposto nesta Lei, na legislação em vigor e no contrato de concessão ou no ato de autorização, sendo-lhe assegurado o direito de acesso à rede das concessionárias e permissionárias do serviço público de distribuição e das concessionárias do serviço público de transmissão.

Específica para o setor elétrico, no ano seguinte foi editada a Lei n. 9.427/96, que dispõe em seus artigos 25 e 26:

Art. 25. No caso de concessão ou autorização para produção independente de energia elétrica, o contrato ou ato autorizativo definirá as condições em que o produtor independente poderá realizar a comercialização de energia elétrica produzida e da que vier a adquirir, observado o limite de potência autorizada, para atender aos contratos celebrados, inclusive na hipótese de interrupção da geração de sua usina em virtude de determinação dos órgãos responsáveis pela operação otimizada do sistema elétrico.

Art. 26. Cabe ao Poder Concedente, diretamente ou mediante delegação à ANEEL, autorizar:

I - o aproveitamento de potencial hidráulico de potência superior a 1.000 kW e igual ou inferior a 30.000 kW, destinado a produção independente ou autoprodução, mantidas as características de pequena central hidrelétrica;

- II - a compra e venda de energia elétrica, por agente comercializador;
- III - a importação e exportação de energia elétrica, bem como a implantação das respectivas instalações de transmissão associadas, ressalvado o disposto no § 6º do art. 17 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995;
- IV - a comercialização, eventual e temporária, pelos autoprodutores, de seus excedentes de energia elétrica.
- V - os acréscimos de capacidade de geração, objetivando o aproveitamento ótimo do potencial hidráulico.
- VI - o aproveitamento de potencial hidráulico de potência superior a 1.000 (mil) kW e igual ou inferior a 50.000 (cinquenta mil) kW, destinado à produção independente ou autoprodução, independentemente de ter ou não características de pequena central hidrelétrica.

Constata-se, assim, que antes mesmo da novel legislação de telecomunicações vir à tona, em 1997, o setor elétrico já apresentava disposições acerca das autorizações administrativas que muito as diferenciavam de sua tradicional concepção, em destaque, pela expressa possibilidade de comercialização de energia elétrica a terceiros por parte do privado autorizado (consubstanciada na figura do produtor independente de energia elétrica), eliminando-se assim a “barreira” da necessária adstrição da atividade autorizada ao proveito próprio do seu explorador.

Confira-se, por oportuno, que a Lei n. 9.427/96, tal qual a legislação de telecomunicações, muito propriamente evitou mencionar o termo “serviço público” quando trata das autorizações, limitando-se a falar em “serviços autorizados”. Referido diploma manteve em linhas gerais a orientação da Lei n. 9.074/95, prevendo a autorização basicamente para os casos de autoprodução e produção independente de energia elétrica (merece destaque o fato de a Lei n. 9.427/96 ter inserido uma modalidade de autorização para o caso do autoprodutor intentar comercializar, eventual e temporariamente, o excedente de sua energia produzida, aproximando-o do regramento do produtor independente).

Interessante comparativo entre o setor elétrico e o setor de telecomunicações é realizado por Elena LANDAU. Após anotar que o setor elétrico não recebe o mesmo tratamento normativo dos serviços de telecomunicações, na medida em que não se destacam os serviços de energia elétrica entre “serviços públicos” e “serviços privados”, afirma:

Assim, do mesmo modo que a Lei nº 9.472/97 inovou na questão das autorizações de serviço público de telecomunicações ao contemplar a possibilidade de serviços reservados ao Estado serem submetidos ao regime de Direito Privado, a Lei nº 9.648/98 e o Decreto nº 2.655/98, que

tratam da reestruturação do setor elétrico, deram caráter competitivo à comercialização e a alguns segmentos da geração. Esta legislação setorial vislumbra também a possibilidade destas atividades estarem submetidas ao regime de direito privado através de autorização prévia da administração, ainda que para o setor elétrico a legislação não seja tão específica. Em última análise, a lacuna de certos textos legais não deve servir de pretexto para questionar o uso da autorização no setor elétrico.⁶²⁶

Ao se analisar os possíveis regimes de exploração dos serviços de energia elétrica nas suas diversas cadeias, emana da legislação que na geração de energia elétrica há o regime de serviço público, de um lado (a que se submetem Estado, concessionários e permissionários), e de outro, o regime de produção independente e autoprodução, efetuado por intermédio dos autorizatários. Algo semelhante ocorre na comercialização de energia, em há o regime de serviço público (destinado à satisfação do mercado dos consumidores cativos, aqueles que demandam baixa tensão energética) e de serviço privado (cuja opção de compra é manifestada por consumidores livres, aqueles que demandam alta tensão energética).⁶²⁷ Na transmissão e na distribuição, ante sua característica de monopólio natural, a legislação houve por bem limitá-las ao regime de serviço público, apenas.

Acerca das autorizações no setor elétrico, há que se fazer menção ainda ao Decreto n. 5.163/2004 (que aprofunda o regime de comercialização de energia elétrica) e às Resoluções da ANEEL n. 395/1998, 343/2008, 390/2009, 391/2009 e 412/2010.

Os dispositivos da legislação setorial supracitados permitem, portanto, constatar que no setor elétrico a autorização administrativa serve, basicamente, para duas situações específicas e materialmente diferentes:

(a) na geração: (i) para o autoprodutor, que é aquele que requererá uma autorização para produzir energia elétrica e utilizar a energia produzida em seu proveito próprio, e apenas excepcionalmente poderá comercializar eventual excedente; (ii) para o produtor independente, que é aquele que obtém autorização para produzir energia elétrica e *comercializá-la* a terceiros, bem como demais agentes comercializadores de energia elétrica, que igualmente realizam operações de compra e venda de energia elétrica;

⁶²⁶ LANDAU, Elena. Autorização: um instrumento inadequado para o setor elétrico. **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, n. 246, set./dez. 2007, versão digital, p. 8.

⁶²⁷ Sobre o tema, aprofundar em: WALTERBERG, O direito da energia... *op. cit.*, sobretudo p. 367.

(b) na comercialização: (i) para o importador/exportador de energia e (ii) para o agente comercializador no mercado interno, aos consumidores livres.

A análise da figura do autoprodutor, em comparação com a do produtor independente de energia elétrica, permite alcançar uma conclusão bastante relevante, já apresentada anteriormente: *é possível que convivam, nos setores econômicos infraestruturais referidos no art. 21 da CF/88, autorizações regulatórias e autorizações com características de polícia*, ainda que ambas possuam a natureza constitutiva diante da titularidade pública sobre as atividades em questão. Ou seja: ainda são constatáveis, no cenário jurídico contemporâneo, autorizações constitutivas semelhantes às aquelas visualizadas sob a batuta de Constituições anteriores, com o fito de habilitar um privado a atuar num campo de titularidade pública, no entanto para prestar serviços de interesse restrito e exclusivo seu, sem qualquer afetação à coletividade.

Isso foi notado também por Vitor SCHIRATO, ao argumentar que

[...] a necessidade de obtenção de determinados títulos habilitantes da administração ordenadora poderá coexistir com a necessidade de prévia autorização reguladora para a exploração de atividade materialmente concorrente com os serviços públicos, não havendo, por isso, a exclusão de uma forma de controle da administração pública por outra.⁶²⁸

Ora, isso em momento algum invalida ou atenua a importância das autorizações regulatórias, e sim apenas reforça a conclusão parcial a que se chegou anteriormente: as autorizações de polícia não foram substituídas ou suplantadas pelas autorizações regulatórias, ambas as espécies convivem no Direito Administrativo contemporâneo – podendo conviver, inclusive, nos próprios setores econômicos em que as autorizações regulatórias foram desenvolvidas, nos quais é plenamente possível a previsão de autorizações que, muito embora constitutivas diante da titularidade pública sobre a atividade em questão, carreguem alguns caracteres das autorizações de polícia.

É claro que o fato de a autorização expedida com base no art. 21 possuir natureza constitutiva importa, por si só, relevante diferença com relação às tradicionais autorizações de polícia, por definição, declaratórias. No entanto, a restrição que se faz ao alcance da atividade, que não pode ultrapassar a esfera de

⁶²⁸ SCHIRATO, Livre iniciativa... *op. cit.*, p. 320.

proveito próprio e exclusivo do particular autorizado, acaba reconduzindo tais autorizações, ainda que constitutivas, muito mais ao terreno das autorizações de polícia do que ao das autorizações regulatórias, haja vista o acento na *finalidade das autorizações*, conforme exposto acima: as autorizações regulatórias o são muito mais por sua intenção de romper monopólios em atividades infraestruturais titularizadas pela União do que “meramente” por seu caráter constitutivo. Sobre o tema, reporta-se ao raciocínio explicitado acima (Parte 2, item 2.1).

A diferença entre as espécies autorizatórias em testilha, no setor elétrico, foi bem compreendida por Almiro do COUTO E SILVA. A respeito da autorização para o autoprodutor, reflete:

A autorização destinada ao uso exclusivo do autoprodutor manifestamente não caracteriza delegação de serviço público, pois a delegação endereça-se à “exploração” do serviço público. “Exploração”, na leitura que fazemos dos incisos XI e XII do art. 21 da Constituição Federal, importa “execução” ou “prestação” de serviços públicos que, como tais, se destinam a serem utilizados pelo público em geral. No caso do autoprodutor, quando há uso exclusivo, ele gera a energia e ele é o único consumidor. Tal serviço, inequivocamente, é privado e não público, pois é um serviço que o produtor presta a si próprio.⁶²⁹

Já no tocante à autorização para comercialização de energia elétrica (que pode, aliás, ser feita pelo próprio autoprodutor), prossegue afirmando se tratar de ato de delegação de serviço público, eis que “a comercialização de energia elétrica constitui prestação de serviço de interesse geral, tendo vínculo orgânico com o Estado”.⁶³⁰

Esse aspecto foi igualmente tratado por Sara de FARIAS, ao diferenciar as autorizações vinculadas das discricionárias dentro do âmbito de prestação de atividades públicas:

[...] muitas vezes uma atividade, embora definida por lei como serviço público, não se destina ao atendimento de uma generalidade de pessoas; possui, portanto, um interesse restrito. Neste caso, a outorga pode se dar por meio de um consentimento estatal, mediante uma autorização discricionária, assemelhado ao conferido por meio da polícia administrativa. Entretanto, quando uma atividade implica no direito de uma coletividade em receber do Poder Público determinado serviço, a autorização de serviço público não pode ser discricionária, tem que ter o caráter da estabilidade. Isso pode ser observado nas autorizações vinculadas [...]⁶³¹

⁶²⁹ COUTO E SILVA, Privatização no Brasil... *op. cit.*, p. 464.

⁶³⁰ *Ibidem*, *idem*.

⁶³¹ FARIAS, Regulação jurídica... *op. cit.*, p. 38.

Adiante, prossegue:

No caso dos serviços prestados por meio de autorização vinculada o papel da regulação consiste especificamente em viabilizar a concorrência entre os concessionários, permissionários e autorizatários, com vias de buscar a prestação de um serviço eficiente. Quanto as autorizações discricionárias, em matéria de serviço público, estas continuam existindo. No entanto, só podem ser outorgadas quando não houver predominância do interesse público sobre o particular.⁶³²

Colhe-se de Elena LANDAU:

[...] o objetivo principal da atividade do produtor independente é o de comercializar a energia produzida nas formas estabelecidas no arts. 11 da Lei nº 9.074/95 e 23 do Decreto nº 2.003/96, enquanto o autoprodutor produz energia para seu próprio consumo. Ambas as atividades são consideradas atividades privadas, o que as deveria submeter a um regime de direito privado. Esta é uma conclusão aceita pacificamente para o autoprodutor, mas no caso da produção independente não se pode afirmar que exista um consenso quanto ao regime a que estaria submetida esta atividade, especialmente no caso de comercialização com concessionários de serviço público, modalidade prevista no inciso I do citado art. 23.⁶³³

Uma segunda conclusão que se extrai da legislação do setor elétrico refere-se ao fato de que, tal qual ocorre no setor de telecomunicações, as atividades passíveis de autorização (geração e comercialização de energia) são materialmente idênticas àquelas desempenhadas pelos prestadores sujeitos ao regime público, atenuando, uma vez mais, a importância do critério material na definição da noção de serviço público, e reforçando seu aspecto formal.

Nesse cenário, Vitor SCHIRATO exalta as qualidades das autorizações no setor elétrico, afirmando ser o produtor independente de energia elétrica o elemento mais importante por representar o “definitivo afastamento do regime de serviço público”, eis que a atividade de geração é realizada de forma privada pelos agentes

⁶³² *Ibidem*, p. 150. Na conclusão de sua dissertação, a autora diferencia as autorizações discricionárias das vinculadas: “a autorização vinculada é conferida quando a atividade implica no direito de uma coletividade em receber do Poder Público determinado serviço. Aqui, a noção de serviço público não afasta a liberdade de iniciativa, mas não há o compromisso da generalidade, modicidade e continuidade. Já autorização discricionária é conferida quando a atividade, embora definida por lei como serviço público, não se destina ao atendimento de uma generalidade de pessoas, possuindo, portanto, caráter restrito, pois é outorgada no interesse exclusivo do particular” (*ibidem*, p. 196-197).

⁶³³ LANDAU, Autorização... *op. cit.*, p. 11.

produtores, sem qualquer das obrigações e garantias dos prestadores de serviço público.⁶³⁴ No mesmo senso, Caio TÁCITO:

Caracteriza-se a geração de energia elétrica, por produtor independente, como atividade específica sujeita a um regime jurídico próprio [...] não enquadrável no conceito de serviço público delegado – posto que não se trata de atividade concedida ou permitida – mas, que, não obstante, envolve acentuado interesse público.⁶³⁵

No entanto, há doutrina que não encara as autorizações com tamanho entusiasmo. Em obra específica, Maria João Pereira ROLIM emana entendimento de acordo com o qual a autorização deve ser “reservada para as hipóteses em que se verifique a possibilidade de exploração privada de aspectos secundários ao do serviço público”.⁶³⁶ Para a autora, assim, é inadmissível a “utilização do instituto da autorização para serviços públicos nos quais se verifique a necessidade de oferta de utilidades ao mercado”, considerando como perigoso o caminho de “considerar etapas indispensáveis da atividade fora do poder de controle do Estado”.⁶³⁷ Noutra passagem, consigna:

Entretanto, há casos que, mesmo quando destinado a consumo privado, há um objetivo indireto de atender à coletividade, propiciando melhor aproveitamento dos potenciais energia elétrica, e, dessa forma, haveria uma proximidade com a natureza pública [...]. Estas conclusões, contudo, não afastam a possibilidade de serem aplicáveis à atividade aspectos próprios de regime de direito privado ou mecanismos de mercado. Ao contrário, confirma a existência de um regime próprio híbrido, aplicável aos serviços públicos. [...] Ressalvado sempre o caráter predominantemente público do regime aplicável à atividade de exploração de energia elétrica em todos os seus segmentos, soluções diversas que mesclam mecanismos privados de mercado e mecanismos públicos, com maior ou menor grau de intensidade, parecem-nos desejáveis.⁶³⁸

Nesse ponto, pondera LANDAU, retomando o comparativo com o setor de telecomunicações:

A rigor, poder-se-ia argumentar que haveria sempre algum grau de conteúdo público na prestação de serviços do setor elétrico, de forma que nenhum segmento da cadeia energética poderia ser considerado atividade econômica em sentido estrito. O produtor independente de energia, ainda que autorizatário, pode, por exemplo, comercializar energia também para

⁶³⁴ SCHIRATO, Geração de energia... *op. cit.*, p.149.

⁶³⁵ TÁCITO, Caio. Produtor independente de energia elétrica. *In: Direito Público* (Estudos e Pareceres, v. 3). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 122.

⁶³⁶ ROLIM, Direito Econômico... *op. cit.*, p. 153.

⁶³⁷ *Ibidem*, p. 161.

⁶³⁸ *Ibidem*, p. 157-162.

concessionárias de serviço público, atingindo assim toda uma coletividade de consumidores cativos. Parte das divergências em relação ao regime jurídico aplicável a este setor vem do caráter de essencialidade da energia elétrica para a concretização dos princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana e o da busca da redução das desigualdades sociais. A telefonia celular, por sua vez, não pode ser considerada um serviço essencial frente à opção, inclusive mais módica, da telefonia fixa.⁶³⁹

Ao nosso modo de encarar a questão, as autorizações regulatórias são importantes instrumentos no setor elétrico (o pioneiro em prevêê-las, no Brasil), na medida em que se destinam a assentir que particulares produzam energia elétrica e a comercializem no mercado, concorrendo com outros prestadores, fora do regime do serviço público (o que, em tese, gera ambiente propício à concorrência).⁶⁴⁰ Trata-se de medida pró-concorrencial de grande impacto setorial, econômico e social, que não pode ser refutada pura e simplesmente porque afronta a doutrina tradicional das autorizações administrativas.

2.3. As autorizações no setor de transportes e de infraestrutura portuária

O setor de transportes, igualmente, contém caras previsões acerca das autorizações administrativas.

Abrangendo transportes aquaviários e terrestres, merecem destaque algumas disposições da Lei n. 10.233/2001. Primeiramente, nota-se de plano a intenção da legislação de promover a descentralização das ações na área de transportes, dentre outras atitudes, mediante outorga de autorizações:

Art. 12. Constituem diretrizes gerais do gerenciamento da infra-estrutura e da operação dos transportes aquaviário e terrestre:

I – descentralizar as ações, sempre que possível, promovendo sua transferência a outras entidades públicas, mediante convênios de delegação, ou a empresas públicas ou privadas, mediante outorgas de autorização, concessão ou permissão, conforme dispõe o inciso XII do art. 21 da Constituição Federal.

As autorizações estão previstas no art. 13, V do mesmo diploma, *in verbis*:

Art. 13. Ressalvado o disposto em legislação específica, as outorgas a que se refere o inciso I do *caput* do art. 12 serão realizadas sob a forma de:
[...]

⁶³⁹ LANDAU, Autorização... *op. cit.*, p. 7.

⁶⁴⁰ A potencialidade do regime concorrencial no setor elétrico foi minimizada por reformas posteriores na legislação (em destaque, operadas pela Lei n. 10.848/2004), impedindo-se a plena conversão dos consumidores cativos à categoria de consumidores livres, conforme inicialmente previsto.

I – concessão, quando se tratar de exploração de infra-estrutura de transporte público, precedida ou não de obra pública, e de prestação de serviços de transporte associados à exploração da infra-estrutura;
[...]

IV - permissão, quando se tratar de prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros desvinculados da exploração da infra-estrutura;

V - autorização, quando se tratar de:

- a) prestação não regular de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros;
- b) prestação de serviço de transporte aquaviário;
- c) exploração de infraestrutura de uso privativo; e
- d) transporte ferroviário de cargas não associado à exploração da infraestrutura ferroviária, por operador ferroviário independente.

Perceba-se, da leitura deste dispositivo, que de modo semelhante ao que ocorre na legislação do setor elétrico, a legislação do setor de transportes sedimenta duas “sub-espécies” de autorização: uma para o caso em que o autorizado desempenhará a atividade de transporte em seu próprio e exclusivo interesse (“autorização constitutiva de polícia” – a lei claramente utiliza a expressão “uso privativo”); e outra para o caso de prestação de atividade de transporte aberta ao público (“autorização constitutiva regulatória”). O mesmo raciocínio é extraível do art. 14 do mesmo diploma, que esmiúça diretrizes:

Art. 14. Ressalvado o disposto em legislação específica, o disposto no art. 13 aplica-se conforme as seguintes diretrizes:

I – depende de concessão:

- a) a exploração das ferrovias, das rodovias, das vias navegáveis e dos portos organizados que compõem a infra-estrutura do Sistema Nacional de Viação;
- b) o transporte ferroviário de passageiros e cargas associado à exploração da infra-estrutura ferroviária;

[...]

III - depende de autorização:

- a) VETADO
- b) o transporte rodoviário de passageiros, sob regime de afretamento;
- c) a construção e a exploração das instalações portuárias de que trata o art. 8º da Lei na qual foi convertida a Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012;
- d) VETADO
- e) o transporte aquaviário;
- f) o transporte ferroviário não regular de passageiros, não associado à exploração da infra-estrutura;
- g) REVOGADO
- h) REVOGADO
- i) o transporte ferroviário de cargas não associado à exploração da infraestrutura, por operador ferroviário independente.

Seguindo a lógica exposta nos tópicos precedentes, os artigos 43 a 45 da Lei n. 10.233/01 preveem o regime de direito privado como aquele que conduz a atuação do particular autorizado:

Art. 43. A autorização, ressalvado o disposto em legislação específica, será outorgada segundo as diretrizes estabelecidas nos arts. 13 e 14 e apresenta as seguintes características:

I – independe de licitação;

II – é exercida em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição;

III – não prevê prazo de vigência ou termo final, extinguindo-se pela sua plena eficácia, por renúncia, anulação ou cassação.

Art. 44. A autorização, ressalvado o disposto em legislação específica, será disciplinada em regulamento próprio e será outorgada mediante termo [...]

Art. 45. Os preços dos serviços autorizados serão livres, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, adotando-se nestes casos as providências previstas no art. 31.

Finalmente, deve ser dado destaque absoluto – por comprovar que a discussão ora travada não se findou na década de 90 do século passado – à Nova Lei dos Portos, Lei n. 12.815/2013, resultado de conversão da Medida Provisória n. 595, de 06/12/2012. Inovando no setor portuário, a novel legislação confirma a tendência de utilização da autorização como modalidade de atuação privada em regime de concorrência com outros prestadores, oferecendo serviços à coletividade.

Referida lei tem como uma de suas diretrizes expressas, nos termos de seu art. 3º, o “estímulo à concorrência, incentivando a participação do setor privado e assegurando o amplo acesso aos portos organizados, instalações e atividades portuárias”, com vistas a aumentar a competitividade e o desenvolvimento do país.

Da Mensagem enviada pelos Ministérios à Presidência da República (EM Interministerial nº 00012-A - SEP-PR/MF/MT/AGU), extrai-se:

Os portos brasileiros são responsáveis por 95% (noventa e cinco por cento) do fluxo de comércio exterior do país, o que demonstra a importância estratégica do setor. Para fazer frente às necessidades ensejadas pela expansão da economia brasileira, com ganhos de eficiência, propõe-se modelo baseado na ampliação da infraestrutura e da modernização da gestão portuária, no estímulo à expansão dos investimentos do setor privado e no aumento da movimentação de cargas com redução dos custos e eliminação de barreiras à entrada.

Para a consecução dos objetivos do modelo, faz-se necessário retomar a capacidade de planejamento no setor portuário, redefinir competências institucionais da Secretaria de Portos e da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ.

Além disso, é importante aprimorar o marco regulatório, a fim de garantir maior segurança jurídica e, sobretudo, maior competição no setor.

O estímulo à concorrência é alcançado, na nova lei, justamente pela previsão da figura da autorização com características de autorização regulatória, desgarrando-se da anterior formatação das autorizações prevista para o setor (Lei n. 8.630/93, art. 4º), que apenas funcionavam como forma de conferir ao particular o direito de explorar terminal portuário movimentando cargas próprias (quando muito, autorizava-se a movimentação de cargas de terceiros na condição de que tal ocorresse apenas “subsidiariamente”, para evitar a ociosidade do terminal).

Na supracitada EM Interministerial nº 00012-A - SEP-PR/MF/MT/AGU, o tema foi assim enfrentado:

O novo marco proposto elimina a distinção entre movimentação de carga própria e carga de terceiros como elemento essencial para a exploração das instalações portuárias autorizadas. Nada obstante a existência de dois regimes – um dentro do porto e outro fora dele – a exploração dos portos organizados e instalações será por conta e risco dos investidores.

[...]

Propomos a adoção do conceito de concessão de uso de bem público para as instalações portuárias dentro do porto organizado, formalizado em contratos de concessão e de arrendamento. Adicionalmente, é proposta a adoção do regime de autorização para a exploração de instalações portuárias fora do porto organizado. Serão dois regimes diferentes, um associado a uma infraestrutura pública (concessão e arrendamento) e outro a uma infraestrutura privada (autorização).

Na novel legislação dos portos, assim, estabeleceu-se uma segregação entre a concessão e o arrendamento, de um lado, e a autorização, de outro. Enquanto as primeiras servem para a exploração do porto organizado e das instalações portuárias nele localizadas, sob regime de direito público, a última se presta à exploração das instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado (art. 1º e parágrafos), sob regime de direito privado, com expressa possibilidade de movimentação de cargas de terceiro como regra (e não mais exceção).⁶⁴¹

A autorização, assim, é definida no art. 2º, XI da lei como “outorga de direito a exploração de instalação portuária localizada fora da área do porto organizado, formalizada mediante contrato de adesão”. No art. 8º, a legislação aprofunda:

Art. 8º Serão exploradas mediante autorização, precedida de chamada e processo seletivo públicos, as instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado, compreendendo as seguintes modalidades:

⁶⁴¹ Sobre as autorizações na nova regulamentação do setor portuário, conferir o multicitado artigo de Egon Bockmann Moreira: MOREIRA, Exploração Privada dos Portos, *op. cit.*

- I - terminal de uso privado;
- II - estação de transbordo de carga;
- III - instalação portuária pública de pequeno porte; e
- IV - instalação portuária de turismo.

§ 1º A autorização será formalizada por meio de contrato de adesão, que conterá as cláusulas essenciais previstas no *caput* do art. 5º, com exceção daquelas previstas em seus incisos IV e VIII.

§ 2º A autorização de instalação portuária terá prazo de até 25 (vinte e cinco) anos, prorrogável por períodos sucessivos, desde que:

- I - a atividade portuária seja mantida; e
- II - o autorizatário promova os investimentos necessários para a expansão e modernização das instalações portuárias, na forma do regulamento.

Ou seja: a legislação setorial dos transportes e da infraestrutura portuária, tal como a legislação do setor elétrico e de telecomunicações, consagrou a solução das autorizações regulatórias para instituição de regime concorrencial na prestação de atividades públicas e, superando o anterior entendimento que restringia a utilização das autorizações apenas a casos em que havia proveito próprio e exclusivo do particular autorizado, garantiu que estas passem a funcionar também como instrumento regulatório que golpeia monopólios e insere privados na prestação de atividades de interesse econômico geral, titularizadas pela União, sob regime jurídico de direito privado.

Uma vez mais, comprova-se como a legislação infraconstitucional da década de 90 do século XX, ao regulamentar a disposição do art. 21 da Constituição, foi a grande responsável por provocar uma mutação não só na noção de serviço público (desatrelando-a da prestação monopolística), mas também na tradicional noção de autorização administrativa (então encarada exclusivamente sob a perspectiva do ato de polícia), que fora reproduzida pelo legislador sob a égide das Constituições anteriores mesmo nos casos em que se autorizava ao privado o exercício de atividades de titularidade estatal.

Afinal, como visto na Parte 2, a grande mutação conceitual nas autorizações administrativas não se refere tanto à sua índole constitutiva, que já se fazia presente em legislações anteriores, e sim a seu aspecto funcional, desempenhando o papel de técnicas regulatórias de promoção da concorrência na prestação à coletividade de atividades públicas infraestruturais. E esse ideário, felizmente, não foi esquecido pelo legislador brasileiro do início do séc. XXI, como retrata o setor portuário.

3. CARACTERÍSTICAS DAS AUTORIZAÇÕES REGULATÓRIAS

Partindo do argumentado nos tópicos anteriores, pode-se constatar, com clareza solar, que as autorizações administrativas surgidas no bojo do processo de mutação e reformulação da noção de serviço público, e destinadas a permitir que particulares prestem atividades *materialmente qualificáveis como* serviço público, mas *formalmente não qualificadas como* tal, praticamente nada têm em comum com as autorizações de polícia. Assim sendo, não podem ser compreendidas – simplesmente pelo fato de serem “autorizações” – como atos administrativos unilaterais, discricionários e precários, de cunho declaratório, mediante o qual a Administração Pública levanta óbice para o exercício de uma atividade privada. Impera analisar a natureza da atividade autorizada e o regime jurídico a que se submete para sacar as conclusões necessárias, sem se prender ao *nomen juris* “autorização” como determinante de suas características.

Note-se, nesse prisma, que os autores que sustentam a opinião de que autorização do art. 21 da CF/88 serve para privados atuarem desempenhando as atividades ali descritas apenas em seu benefício próprio e exclusivo (ou seja, os representantes da primeira corrente doutrinária acima explicitada), acabam, por via de consequência, atribuindo às autorizações do art. 21 características idênticas às autorizações de polícia (ato unilateral, discricionário, precário, declaratório...). E é até lógico que assim o seja: se, para os autores que defendem essa visão, a autorização do art. 21 apenas serve para privados atuarem em benefício próprio e sem afetação à coletividade, ela sequer deixa de ser uma autorização de polícia (lembrando que, para essa corrente doutrinária, a atividade autorizada é, diversamente da atividade concedida e permitida, uma atividade econômica em sentido estrito, atinente à esfera de titularidade privada).⁶⁴²

É esclarecedora a definição de autorização administrativa em sentido lato elaborada por Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, como sendo

[...] o ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração faculta ao particular o uso de bem público (autorização de uso), ou a prestação de serviço público (autorização de serviço público), ou o desempenho de atividade material, ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos (autorização como ato de polícia).⁶⁴³

⁶⁴² É por isso que Marçal Justen Filho, ao abordar as autorizações portuárias *no antigo regramento legal*, constatou que “a autorização praticada no âmbito das operações e das instalações portuárias não é distinta daquela que é utilizada em outros setores do Direito” (JUSTEN FILHO, O regime jurídico dos operadores... *op. cit.*, p. 123).

⁶⁴³ DI PIETRO, Direito Administrativo... *op. cit.*, p. 227.

Na passagem transcrita, a despeito de segregar a autorização de polícia da autorização de serviço público (e da autorização de uso), a autora é clara em atribuir a todas elas as mesmas características. A bem da verdade, a admissão pela autora, na passagem acima transcrita, de autorizações para a prestação de serviços públicos, é bastante atenuada pelo que leciona adiante da mesma obra:

Com relação à *autorização de serviço público*, constitui ato unilateral, discricionário e precário pelo qual o poder público delega a execução de um serviço público de sua titularidade, para que o particular o execute predominantemente em seu próprio benefício. [...] Sendo ato precário, pode ser revogado a qualquer momento, por motivo de interesse público, sem dar direito a indenização.⁶⁴⁴

Verifica-se, então, que ainda que a autora utilize a expressão “autorização de serviço público”, é evidente que, em sua opinião, a atividade autorizada não possui a natureza jurídica de um serviço público, e sim de uma atividade prestada pelo particular em seu interesse próprio – conforme se concluiu acima.

Hely Lopes MEIRELLES, na mesma trilha, considera os serviços autorizados como aqueles que “o Poder Público, por ato unilateral, precário e discricionário, consente na sua execução por particular”.⁶⁴⁵ O entendimento é compartilhado por Carmen Lúcia Antunes ROCHA, que, ainda que considere a autorização para prestação de serviços públicos (em caráter emergencial), afirma que a autorização de serviço público “não se afasta [...] daquela sempre enfatizada pela doutrina em relação à autorização”, ou seja, trata-se de ato unilateral e precário, praticado pela Administração no exercício de uma competência discricionária, podendo ser revogada a qualquer tempo independentemente de indenização.⁶⁴⁶ Afirmou Villela SOUTO ser fundamental “definir a predominância do interesse privado sobre o público para outorgar-se a autorização precária e discricionária”.⁶⁴⁷

Nessa linha de raciocínio, a autorização administrativa referida no art. 21 da CF/88 não é senão uma reprise da autorização contida no art. 170, parágrafo único da Constituição, apenas explicitada para as atividades ali referidas. Em dissertação específica sobre o tema, Rogério Morina VAZ afirma que a autorização referida no

⁶⁴⁴ *Ibidem*, p. 303. Grifos no original.

⁶⁴⁵ MEIRELLES, Direito Administrativo... *op. cit.*, 34.ed., p. 411.

⁶⁴⁶ ROCHA, Estudo sobre a concessão... *op. cit.*, p. 176.

⁶⁴⁷ SOUTO, Direito Administrativo das Concessões, *op. cit.*, p. 31.

art. 170, parágrafo único da Constituição é idêntica à autorização do art. 21, XI e XII e 223 da CF, inclusive em seu regime jurídico. Para o autor, portanto, a autorização do art. 21 da CF é um “ato jurídico a ser praticado em exercício do poder de polícia administrativa”.⁶⁴⁸

É por isso que a doutrina arraigada à noção (doutrinária) tradicional de autorização administrativa, ao encarar o art. 21 da Constituição, não consegue enxergar na autorização ali prevista nada senão um “ato administrativo unilateral, discricionário e precário”, mantendo o “sujeito” e alterando apenas o “predicado” da figura. E é por isso também que, ao analisar as disposições legislativas acima citadas acerca das autorizações, a maior parte destes autores considera que houve um “equivocado” enquadramento dado às autorizações, um “desvirtuamento” do instituto provocado por “erro grosseiro” do legislador.⁶⁴⁹ Assim, extrai-se de Hely Lopes MEIRELLES:

Lamentavelmente, a natureza jurídica da *autorização* não vem sendo respeitada pelo legislador, dificultando a compreensão e a sistematização do Direito Administrativo. É o que está ocorrendo com a *autorização* expedida com prazo e dependente de outros fatores. Deixa ela de ser ato administrativo unilateral, discricionário e precário, para assumir um caráter quase contratual, como aconteceu com a permissão.⁶⁵⁰

Mais recentemente, ataca CARVALHO FILHO:

Apesar da clássica configuração do ato de autorização, de vez em quando surge no ordenamento jurídico norma que dispensa ao ato caracterização diversa, instituindo indesejável confusão na matéria. [...] Tal inovação em nada contribui para a análise científica do direito e, ao revés, só serve para provocar tolas polêmicas em intérpretes mais desavisados.⁶⁵¹

Afirma DI PIETRO que o emprego do vocábulo “autorização” pela Lei de Telecomunicações não é correto, não se amoldando ao conceito doutrinário do instituto, sendo que foi inserido indevidamente no lugar de “licença”, esta sim aplicável a situação descrita na lei. E remata: “O uso indevido do vocábulo não justifica a alteração do conceito”.⁶⁵²

⁶⁴⁸ VAZ, Rogério Morina. **Autorização de Polícia Administrativa**. Dissertação (Mestrado). São Paulo, PUC-SP, 2008, p. 33-34; 43.

⁶⁴⁹ A análise é de CÂMARA, Autorizações administrativas... *op. cit.*, p. 620-621.

⁶⁵⁰ MEIRELLES, Direito Administrativo... *op. cit.*, 34.ed., p. 191.

⁶⁵¹ CARVALHO FILHO, Manual... *op. cit.*, p. 135.

⁶⁵² DI PIETRO, Direito Administrativo, *op. cit.*, p. 227. No mesmo sentido: DI PIETRO, Parcerias... *op. cit.*, p. 153-157.

Ocorre que atualmente, diante das modificações ocorridas nas autorizações administrativas, conforme constatado na Parte 2, não são poucos os autores que se levantam contra a reprodução da noção doutrinária tradicional para retratar *todas* as modalidades autorizatórias existentes. Afinal, como notou Romeu Felipe BACELLAR FILHO, o conceito genericamente enunciado da autorização enquanto ato administrativo unilateral discricionário e precário “pode levar a algumas perplexidades”.⁶⁵³

Jacintho Arruda CÂMARA, nesse norte, reconhece a existência de uma definição “fortemente arraigada na cultura jurídica nacional” a respeito da autorização administrativa, segundo a qual seria ela um ato administrativo de natureza discricionária, e por essa condição, precária, revogável unilateralmente sem qualquer direito a indenização. Entretanto, segundo o autor, essa ideia “não se vê reproduzida em toda legislação”, sendo possível “encontrar relevantes exemplos de autorizações que contrariam esse modelo doutrinário”.⁶⁵⁴

Colhe-se de Vitor SCHIRATO bom resumo:

[...] a Constituição de 1988 trouxe, de forma expressa e inequívoca, a determinação de que certas atividades comumente erigidas pela ordem jurídica a serviços públicos poderiam ser exploradas por particulares em regime de autorização. Com isso, certas concepções há tempos demarcadas no direito administrativo brasileiro foram postas em jogo, como o caráter precário, unilateral e discricionário das autorizações, a distinção entre licença e autorização, sua prestabilidade para a delegação de serviços públicos entre outros.⁶⁵⁵

Adiante, prossegue:

[...] em cotejo com o emprego constitucional do termo *autorização*, verifica-se, com clareza, que as concepções doutrinárias não se prestam a disciplinar o mundo dos fatos, em vista de que as atividades sujeitas, nos termos da Constituição Federal, a uma autorização não são de forma alguma compatíveis com discricionariedade, precariedade e, até mesmo, unilateralidade.⁶⁵⁶

Assim, a linha aqui defendida – com base no ordenamento jurídico brasileiro, e não na doutrina pretérita ou numa pretensa “semântica” da expressão

⁶⁵³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Concessões, permissões e autorizações de serviço público. In: BACELLAR FILHO. **Reflexões sobre direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 199.

⁶⁵⁴ CÂMARA, Autorizações Administrativas... *op. cit.*, p. 619.

⁶⁵⁵ SCHIRATO, Livre iniciativa... *op. cit.*, p. 311.

⁶⁵⁶ *Ibidem*, p. 313.

“autorização” – aponta para a constatação de que as autorizações referidas no art. 21 da CF/88 não podem ser reconduzidas ao campo da polícia administrativa (e, portanto, ao art. 170, § único, da Constituição). Ao revés, tudo indica à conclusão de que devem ser compreendidas como *instrumentos de regulação de setores econômicos públicos*, com o intento (não exclusivo, mas principal) de romper o antigo sistema monopolista e inserir os privados na prestação de serviços à coletividade.

Partindo dessa diferença de fundo, e com fulcro na natureza jurídica da atividade autorizada e no regime jurídico das autorizações, argumenta-se que, no cenário contemporâneo, as autorizações regulatórias possuem características diametralmente opostas àquelas atribuídas tradicionalmente pela doutrina às autorizações de polícia. Essa alteração radical na substância das autorizações administrativas justifica-se plenamente na medida em que, ao contrário das autorizações clássicas, de polícia, que simplesmente “levantam a cancela” para o particular desempenhar uma atividade de sua esfera de titularidade, nas autorizações regulatórias há, por força do art. 21 da Constituição de 1988, a atribuição (outorga) ao particular do exercício de uma atividade que pertence exclusivamente ao Estado, o único responsável por decidir como se dará sua prestação.

Relembre-se, conforme dito acima, que o regime jurídico específico das autorizações do art. 21 da CF/88 será decorrente, principalmente, da legislação editada caso a caso, para cada setor, conforme a atividade autorizada e suas características. Nessa senda, com base em Vitor SCHIRATO, “as autorizações poderão ser precárias ou estáveis com prazo determinado, poderão ser discricionárias ou vinculadas, poderão ser unilaterais ou bilaterais. Dependerá, apenas, do que dispuser o direito positivo sobre o tema”.⁶⁵⁷

Todavia, como trazido no tópico anterior, a legislação infraconstitucional dos setores regulados referidos no art. 21 da CF/88, após a década de 90 do século XX, felizmente tem optado por não atribuir às autorizações regulatórias características idênticas – em verdade, sequer semelhantes – às autorizações de polícia, tal como doutrinariamente definidas. Nessa aproximação, a figura da autorização, agora aplicada a setores de infraestrutura relacionados a campos econômicos de

⁶⁵⁷ SCHIRATO, Livre iniciativa... *op. cit.*, p. 315.

titularidade pública, está a demandar com elevada urgência uma reformulação teórica do conceito tradicional, voltado meramente à atuação de polícia, de modo a se ajustar (i) à natureza jurídica da atividade autorizada, nos termos da Constituição, e (ii) ao regime jurídico dessas autorizações, conforme previsões legislativas setoriais contemporâneas.

A importância dessa postura está em evitar o erro, constatado por Alejandro BLANCO, de seguir “utilizando um antigo instrumental jurídico: técnicas jurídicas rançosas de caráter regalista, aparentemente incompatíveis com os princípios constitucionais vigentes”. Isso porque, de acordo com o autor, há que se aprofundar estudos acerca da operatividade, discricionariedade e caducidade das novas técnicas autorizacionais, dentre outros fatores, de sorte a adequá-la à realidade em que vêm sendo utilizadas.⁶⁵⁸

Destarte, com apoio em tudo quanto dito acima, chega-se finalmente ao delineamento das principais características das autorizações regulatórias, em contraste com as autorizações de polícia tradicionais, e, conseqüentemente, na apresentação da *natureza jurídica* das autorizações regulatórias no cenário jurídico brasileiro contemporâneo: são módulos convencionais, de cunho bilateral (se não multilateral), geralmente vinculadas, tendencialmente estáveis, possuem efeito constitutivo, e traduzem uma técnica regulatória que funciona como instrumento de política econômica, com vistas ao rompimento de monopólios e à instauração de mercado concorrencial na prestação de atividades econômicas infraestruturais titularizadas pelo Estado (aqui nomeados “serviços de interesse econômico geral” brasileiros).

É o que se passa a expor nas linhas seguintes.

3.1. A autorização como ato administrativo unilateral

3.1.1. Administração Pública e consenso

Na Parte 1, acima, viu-se que as autorizações administrativas, enquanto espécies de ato administrativo, não escaparam ao aspecto da unilateralidade que era, afinal, ínsito ao dogma da imperatividade/autoritarismo vigente no que respeita à atuação administrativa de outrora.

⁶⁵⁸ BLANCO, El nuevo servicio público... *op. cit.*, p. 45-47.

Ocorre que a mutação dos serviços públicos analisada na Parte 2 não ocorreu de forma isolada; ao revés, inseriu-se num cenário mais amplo de revisão e redimensionamento do papel do Estado no campo econômico e social e, por via de consequência, numa discussão acerca das funções que a Administração Pública deve desempenhar e em como deve desempenhá-las. Consignou Vasco da SILVA, assim, que a crise do ato administrativo constitui “[...] o reflexo, ao nível das formas de atuação, da mais vasta crise da dogmática clássica do Direito Administrativo, em consequência das transformações induzidas pelo Estado social”.⁶⁵⁹

O Direito Administrativo, nos contornos que possuía quando de seu surgimento, rejeitava o exercício de atividades de natureza consensual pela Administração Pública em parceria com os particulares; era a fase da denominada Administração unilateral, da “Administração por atos”. Todavia, já no modelo de Estado Liberal, reconheceu-se a necessidade de serem desenvolvidos instrumentos de parceria entre a Administração Pública e os particulares, donde surgiu e se desenvolveu a consagrada categoria do contrato administrativo, notadamente na figura dos contratos de concessão.⁶⁶⁰

A crise do modelo de concessão, aliada ao surgimento do Estado Social, engendrou certo obscurecimento da discussão acerca da cooperação dos particulares com o poder público, discussão esta que foi retomada, na década de 70 do século XX, com a emergência de um novo paradigma estatal que passou a privilegiar o descobrimento de novas formas de relações entre a Administração e os particulares. O modelo autoritário tradicional, centrado no ato administrativo unilateral, foi sendo paulatinamente substituído por um modelo mais flexível, pautado na figura dos contratos e acordos. Como alternativa para a superação da imperatividade e unilateralidade da Administração Pública, foram incorporadas à esfera de atuação administrativa as noções de *contratualização* e de *consensualidade*.

Passou-se a pregar a necessidade de superação da antiquada Administração Pública unilateral, autoritária e autorreferente, por uma Administração Pública dialógica, voltada ao cidadão, pautada no consenso. Essa compreensão da

⁶⁵⁹ SILVA, Em busca... *op. cit.*, p. 110.

⁶⁶⁰ Note-se que o modelo unilateral impactou até mesmo as formulações teóricas a respeito da concessão de serviços públicos, defendida por diversos autores como ato unilateral, e não como contrato. Nesse sentido, cf.: MONTEIRO, Concessão, *op. cit.*, p. 34 e seguintes; MASAGÃO, Mário. **Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1933, p. 31 e seguintes.

“nova Administração Pública” levou, na discussão que aqui interessa, à superação do “dogma de que o ato administrativo é a aplicação de uma regra racional e não de um ato arbitrário, caprichoso”.⁶⁶¹ A Administração, ao invés de atos, passou a “governar por contratos”,⁶⁶² por pactos, por acordos – ou, num sentido mais amplo, a “governar por *consensos*”, haja vista que a noção de consenso é mais ampla do que as de convenção, contrato e semelhantes.⁶⁶³

É nesse cenário que surgem as denominações “Administração Pública Consensual” ou “Administração Pública Concertada”. Referidas expressões, consoante anota Gustavo Justino de OLIVEIRA, sinalizam um novo caminho, no qual “a Administração Pública passa a valorizar (e por vezes privilegiar) uma forma de gestão cujas referências são o acordo, a negociação, a coordenação, a cooperação e a colaboração”, substituindo a administração por via impositiva ou autoritária.⁶⁶⁴ Para o autor, todos os ajustes passíveis de emprego pela Administração Pública comporiam uma espécie de “módulo consensual da Administração Pública”.⁶⁶⁵

É rica a doutrina brasileira sobre o tema. No tocante à conceituação da Administração consensual, extrai-se de Patrícia BAPTISTA:

Por Administração consensual, assim, entende-se aquela que vai pautar a sua atuação na busca do consenso e da harmonia com a sociedade, como alternativa às imposições unilaterais que marcavam o direito administrativo clássico. A ideia de consensualidade engloba, ainda, a de conjugação de esforços, de elaboração em comum, na realização de tarefas públicas, sentido que mais se aproxima do de concerto.⁶⁶⁶

No mesmo sentido, pondera Almiro do COUTO E SILVA:

Fenômeno relativamente recente nas relações ente o Estado e os indivíduos na realização fins de interesse público tem sido a busca de

⁶⁶¹ SUNDFELD, A Administração Pública... *op. cit.*, p. 167.

⁶⁶² A expressão foi utilizada, dentre outros, por: GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat: l'action publique en question**. Paris: Presses des Sciences Politiques, 1999.

⁶⁶³ Nesse sentido: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO; MARQUES NETO, Direito Administrativo e seus novos paradigmas... *op. cit.*, p. 336.

⁶⁶⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de Gestão**. São Paulo: RT, 2008, p. 33.

⁶⁶⁵ *Ibidem*, 46.

⁶⁶⁶ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 272. Noção semelhante, mas não idêntica à de consensualidade, é a de contratualidade (mesmo porque o fenômeno do consensualismo ultrapassa a utilização da figura do contrato). Tanto uma quanto outra, no entanto, costumam ser vistas no mesmo cenário: o da busca por uma maior interação entre Estado, Administração Pública e sociedade na consecução do interesse público.

decisões administrativas por meios consensuais. Administração concertada, administração consensual, *soft administration* são expressões que refletem formas de democracia participativa, em que o Poder Público, ao invés de decidir unilateralmente, utilizando-se desde logo do ato administrativo, procura ou atrai os indivíduos para o debate de questões de interesse comum, as quais deverão ser solvidas mediante acordo.⁶⁶⁷

Neste particular, merecem menção as ponderações de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO:

[...] com o fim da velha confusão entre interesse público e interesse estatal e o concomitante reconhecimento da existência e da importância crescente do público não-estatal, conceitos que foram descortinados à luz do princípio da subsidiariedade, [...] o Estado deixa de ser agente executor e passa a atuar como regulador das atividades consideradas sensíveis (de interesse geral). [...] impondo-se, logicamente, por isso, a busca da participação por meio da prática do consensualismo e da negociação, como método de tornar eficiente o atendimento do interesse público, tornando-se, assim, tema moderno e corrente a ideia de administração por pactos.⁶⁶⁸

Noutra obra, pontua que a consensualidade vem se tornando um “princípio instrumental a ser aplicado com a mesma importância que se empregou, ainda se emprega e se empregará a tradicional imperatividade”,⁶⁶⁹ que “deixa de ser critério para ser ferramenta”, visto que a postura “velha de mais de dois séculos, erguida sobre a tríade supremacia, imposição e unilateralidade [...] vem cedendo paulatinamente espaço à consensualidade e à negociação”.⁶⁷⁰

Finalmente, noutra oportunidade, reflete que “os mecanismos de *pactuação* se diversificaram além da contratualidade com a admissão de variados tipos de acordo, de natureza não-contratual” e negocial, fenômeno dentro do qual se insere a *administração concertada*.⁶⁷¹ Segundo o autor, “pela consensualidade, o Poder Público vai mais além do que estimular a prática de *condutas privadas* de interesse público, passando a promover a criação de *soluções privadas de interesse público*”.⁶⁷² Do monopólio da imperatividade, a Administração passa a valer-se, “paulatina e preferentemente, da cooperação e da colaboração”, surgindo a

⁶⁶⁷ COUTO E SILVA, Almiro. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 209, jul./ago./set. 1997, p. 64-65.

⁶⁶⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Políticas Públicas e Parcerias: juridicidade, flexibilidade negocial e tipicidade na Administração consensual. **Revista de Direito do Estado**, ano 1, nº 1, jan./mar. 2006, p. 112.

⁶⁶⁹ MOREIRA NETO, Mutações do Direito Administrativo... *op. cit.*, p. 140.

⁶⁷⁰ *Ibidem*, p. 410-411.

⁶⁷¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 71. O autor retoma o assunto às pp. 333 e seguintes; e 372 e seguintes. Sobre o papel do consenso, cf.: *Ibidem*, p. 316 e seguintes.

⁶⁷² *Ibidem*, p. 79.

consensualidade não para substituir a forma tradicional de ação imperativa do estado, e sim para somar-lhe.⁶⁷³ A atividade consensual, nesta toada, vincula-se sobremaneira à participação popular e à exigência de transparência nas atividades administrativas,⁶⁷⁴ surge o consenso como instrumento moralizador da ação administrativa, contribuindo para conferir a esta maior legitimidade.⁶⁷⁵

Em igual passo, Floriano MARQUES NETO é expresso em afirmar que “o novo papel do Estado, enquanto regulador, implica o abandono do perfil autoritário em favor de uma maior interlocução com a sociedade”, de sorte que, segundo o autor, verifica-se o surgimento de “um *novo padrão de atuação regulatória* onde a imposição unilateral e autoritária de pautas, condutas e comportamentos dá lugar à articulação de interesses e ao estabelecimento de pautas regulatórias negociadas”.⁶⁷⁶ Noutro momento, reflete que o novo contexto da atividade regulatória estatal possui três principais características: i) uma maior permeabilidade da atividade regulatória aos interesses existentes na Sociedade; ii) uma maior capacidade de arbitramento entre estes interesses; iii) um novo tipo de *autoridade estatal*. No que toca a esta última, afirma o autor que se está substituindo a *autoridade unilateral* por uma espécie de *autoridade negocial*, permanentemente construída.⁶⁷⁷

Em recente trabalho, MARQUES NETO traz o conceito de “unilateralidade reflexiva”, em que “o exercício da autoridade não se desvanece, mas se sofisticada, perdendo seu viés autoritário”, inserindo-se num quadro de “busca por mecanismos de articulação consensual” que “afronta a lógica do ato administrativo autista”.⁶⁷⁸ Conclui:

⁶⁷³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 116-118.

⁶⁷⁴ Conforme aduz Patrícia Baptista, “são os canais de participação [...] que tornam possível a superação negociada dos conflitos de interesse” (BAPTISTA, Transformações... *op. cit.*, p. 266).

⁶⁷⁵ Sobre o assunto, aponta Alexandre Santos de Aragão: “a Administração consensual é um corolário necessário da tese que vê a legitimação da Administração não mais na lei, mas na satisfação das necessidades sociais dos cidadãos” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. **Revista de Direito do Estado**, ano 1, nº. 1, jan./mar. 2006, p. 158). Tão importante o surgimento da Administração Consensual, inaugurada sob a égide do Estado Democrático de Direito como forma alternativa de ação estatal, que um de seus principais doutrinadores no Brasil, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, considera-a um dos três grandes vetores da modernização do Direito Administrativo, capaz de impulsionar e desenvolver a negociação entre os setores público e privado, com vistas ao atendimento do interesse público. (MOREIRA NETO, Mutações do Direito Público..., *op. cit.*, p. 236-238).

⁶⁷⁶ MARQUES NETO, A nova regulação dos serviços públicos... *op. cit.*, p. 16.

⁶⁷⁷ MARQUES NETO, A nova regulação estatal... *op. cit.*, p. 90-91.

⁶⁷⁸ MARQUES NETO, A superação do ato administrativo autista... *op. cit.*, p. 110-111.

[...] manejar módulos consensuais não implica em dizer que estejamos a substituir o ato administrativo pelo contrato. O que se altera é a forma de construção e de edição do ato administrativo, que passa a ser, nestes contextos, não apenas com a participação dos interessados, mas a partir da verificação de possibilidades e aproximações de interesses.⁶⁷⁹

É por essas razões que afirma Juarez FREITAS ter o Direito Administrativo do século XXI vencido o paradigma da “razão monológica”,⁶⁸⁰ na mesma esteira de Alexandre ARAGÃO, para quem o Estado passou a “agir menos de forma piramidal e hierárquica, e mais em forma de rede”,⁶⁸¹ já que a instrumentalização da função regulatória é preferencialmente realizada mediante consensualização, sendo que “a adoção de uma medida por consenso é mais eficiente que se adotada unilateral e coercitivamente”.⁶⁸² Isso porque, conforme Fernando Dias Menezes de ALMEIDA, o recurso ao módulo convencional permite “aproveitarem-se os benefícios inerentes aos aspectos funcionais da essência contratual, propiciando a pacificação social a partir do respeito à confiança e à palavra consensualmente dada”.⁶⁸³

Não é diverso o caminhar da doutrina estrangeira acerca do fenômeno sob comento.

Juan Carlos CASSAGNE, assim, afirma que o processo de transformação do serviço público revela-se pela “quebra do sistema estatista e autoritário que regia a economia e a vida social” e sua substituição por um “sistema baseado na economia de mercado, que privilegia o princípio da liberdade em suas diversas manifestações e estimula o consenso”.⁶⁸⁴ Para Rolf STOBBER, há uma “progressiva evolução da atuação administrativa unilateral para a atuação administrativa cooperante”, correspondente à evolução da “atuação administrativa de prestação para a atuação administrativa de garantia”.⁶⁸⁵ Nessa visão, a um Estado garantidor deve corresponder uma Administração Pública garantidora, onde a função estatal de mediação, ao arrepio da intervenção, corresponde à adoção, pela Administração, de políticas de parceria com a sociedade na consecução de seus objetivos.⁶⁸⁶

⁶⁷⁹ *Ibidem*, p. 111.

⁶⁸⁰ FREITAS, Direito fundamental... *op. cit.*, p. 311.

⁶⁸¹ ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos... *op. cit.*, p. 50.

⁶⁸² ARAGÃO, A Consensualidade... *op. cit.*, p. 157.

⁶⁸³ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latim, 2012, p. 298.

⁶⁸⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. El servicio público en el campo... *op. cit.*, p. 54.

⁶⁸⁵ STOBBER, Direito Administrativo... *op. cit.*, p. 470.

⁶⁸⁶ A conclusão é também de: OLIVEIRA; Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A Administração Consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos

De modo semelhante, asseveram Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ que a Administração concertada é aquela onde há renúncia “ao emprego de seus poderes com base na imperatividade e unilateralidade”, aceitando a Administração, portanto, “realizar acordos com os particulares destinatários da aplicação concreta desses poderes, ganhando assim uma colaboração ativa dos administrados”.⁶⁸⁷ Do clássico Enzo ROPPO, extrai-se que se trata de um fenómeno pelo qual situações e relações que “segundo os esquemas clássicos da ação administrativa [...] eram disciplinados através de procedimentos unilaterais de administração” tendem a ser cada vez mais “regulamentados por via convencional, e, portanto, na base de um acordo entre privados e ente público”.⁶⁸⁸

Nesse prisma, tem total razão Vasco da SILVA ao afirmar que uma “mudança radical dos quadros da dogmática tradicional, no que respeita às formas de atuação, é a que decorre da utilização de meios não autoritários por parte da Administração”.⁶⁸⁹ Prossegue:

Diferentemente da Administração agressiva, que fazia do ato de autoridade o instrumento privilegiado (e praticamente exclusivo) da sua intervenção, a Administração prestadora tende cada vez mais a flexibilizar e a diversificar os seus modos de atuação, substituindo o uso de meios autoritários por outras formas de agir mais consensuais.⁶⁹⁰

A partir dessa lógica difusa, passa-se a compreender todo o aparato político-administrativo estatal, que se mune de ideários como a descentralização, a cooperação e a gestão integrada e compartilhada de bens e serviços públicos. Campos tradicionalmente ocupados pela imperatividade passam, gradativamente, a ser permeados por uma lógica consensual, dialógica, de negociação entre setor público e privado com vistas ao atingimento de uma maior eficiência administrativa. Como consignou Tomás FERNÁNDEZ, “vista de uniforme ou à paisana, a

dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista de Direito do Estado**, ano 3, nº 10, p. 272.

⁶⁸⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, Curso... v. II, *op. cit.*, p. 661.

⁶⁸⁸ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 342.

⁶⁸⁹ SILVA, Em busca... *op. cit.* p. 103.

⁶⁹⁰ *Ibidem, idem.*

Administração Pública é sempre um poder público e, como tal, não pode decidir de forma arbitrária”.⁶⁹¹

Deve-se ter em mente, no entanto, de que não se trata de algo absolutamente novo ou revolucionário. Há tempos autores como André de LAUBADÈRE já faziam referência à “Administração Concertada”, em que surge a concertação enquanto “método de troca de pontos de vista e de negociação entre administração e administrados interessados, tendo em vista uma tentativa de arranjar em comum uma linha de conduta”, sendo a busca de concertação uma “característica notável da administração econômica dos nossos dias”, entabulada na figura dos planos econômicos, no que o autor denomina de “Economia Concertada”.⁶⁹² A esta se alia a “Economia Contratual”, que vai além: trata-se de “substituir a administração tradicional por via de regulamentação e de vias unilateral, por uma administração mais negociada, mais aceite pelos interessados”, não simplesmente através da simples troca de pontos de vista (como ocorre na noção de concerto), mas sim mediante “verdadeiros acordos”.⁶⁹³

Nesse senso, também Massimo GIANNINI sustenta que os módulos convencionais entre o Poder Público e os privados “sempre existiram, e não é aceitável a afirmação de alguns jovens autores ao considerarem-nos invenções deste século” (referindo-se ao século XX).⁶⁹⁴ De todo modo, o autor reconhece que o advento do que denomina “Estado pluriclasse” assistiu a um “temperamento dos aspectos mais autoritários da ação administrativa”, o que importou, senão a criação, certamente o considerável aumento dos “módulos convencionais utilizados para o desenvolvimento da atividade administrativa”.⁶⁹⁵

A despeito disso, fato é que o fenômeno consensual impactou profundamente o Direito Administrativo. Veja-se, por exemplo, o caso dos contratos administrativos, em que há forte movimento doutrinário no sentido da atenuação dos

⁶⁹¹ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Las Transformaciones del derecho administrativo a resulta de las privatizaciones. In: Os Caminhos da Privatização... *op. cit.*, p. 334.

⁶⁹² LAUBADÈRE, Direito Público Económico, *op. cit.*, p. 57-59.

⁶⁹³ *Ibidem*, p. 60-61.

⁶⁹⁴ GIANNINI, Massimo Severo. Il Pubblico Potere... *op. cit.*, p. 126.

⁶⁹⁵ *Ibidem*, p. 119; 125. Por “módulos convencionais”, segundo o autor, entendem-se todas aquelas *fattispecie* em que se empregue, como técnica de ação, a adoção de soluções consentidas entre a administração e o interessado, evitando-se as soluções unilateralmente impostas pela via autoritária (*ibidem*, p. 125).

poderes de autoridade do Estado (representado, sobretudo, pelas afamadas “cláusulas exorbitantes”) em favor de uma atuação mais concertada, consensual.⁶⁹⁶

O fenômeno, como não poderia deixar de ser, atingiu fortemente o campo dos atos administrativos – e, por consequência, das autorizações.

3.1.2. Do ato administrativo unilateral ao ato administrativo consensual

No campo dos atos administrativos, diversos autores vêm pugnando pela superação de caracteres representativos do paradigma autoritário, rumo à consensualidade (e à processualidade). Destaque absoluto deve ser dado, nesse aspecto, à obra de Vasco da SILVA, que consigna ter o conceito clássico de ato administrativo adquirido uma espécie de “rigidez *post mortem*”, visto que:

Desaparecido o modelo liberal de Estado, desmoronado o sistema jurídico em que se assentava, perdido o seu paradigma teórico, o conceito autoritário de ato administrativo vai ainda conseguir sobreviver algum tempo num ambiente completamente diferente, mas já não era mais, como fora antes, um instrumento jurídico flexível e adequado para a resolução dos novos problemas com que se defrontava a moderna Administração.⁶⁹⁷

Nesse sentido, anota:

Se as transformações sofridas pela Administração Pública vieram pôr em causa o lugar dos atos unilaterais na dogmática administrativa, [...] elas não poderiam deixar igualmente de implicar transformações ao nível da própria noção de ato administrativo, que se foi transformando e adaptando a novas realidades.⁶⁹⁸

⁶⁹⁶ Vera Monteiro, nessa senda, afirma ser “equivocado supor que o contrato administrativo é sinônimo de poder de autoridade”, configurando um desvio do “foco original para o qual o regime de direito público foi teorizado: a realização do interesse público no caso concreto” (MONTEIRO, Concessão, *op. cit.*, p. 48). Daí ser possível afirmar que “a relativização da autoridade nos contratos administrativos abre espaço para a consensualidade”, desmistificando-se a natureza exorbitante do contrato administrativo “em prol do reconhecimento de uma relação contratual dialogada, marcada pela consensualidade e pela perda do autoritarismo gratuito” (*Ibidem*, p. 53-54). No mesmo sentido o pensamento de Fernando Menezes Dias de Almeida: “O ponto de convergência da evolução do pensamento que levou à teoria do contrato administrativo, naquele contexto, situa-se nas prerrogativas de ação unilateral da Administração. O contexto atual, porém, é bem distinto. Não está em questão a aceitação do uso da técnica convencional pela Administração. E a maior complexidade das possibilidades de relação da Administração com parceiros privados evidencia que não necessariamente a via unilateral é a melhor para se garantir a consecução da função administrativa. [...] As prerrogativas da Administração deixam, pois, de ser o ponto de convergência da evolução da teoria. [...] Há que se valorizar a essência da relação, convencional” (ALMEIDA, Contrato... *op. cit.*, p. 377).

⁶⁹⁷ SILVA, Em busca... *op. cit.*, p. 71.

⁶⁹⁸ *Ibidem*, p. 445.

Adiante, constata que a atuação administrativa nos domínios da Administração prestadora e constitutiva se encontra “muito longe do modelo clássico do ato administrativo de tipo autoritário”, surgindo antes muito mais como um “instrumento de concertação e de aliciamento dos particulares para o desempenho de determinadas tarefas administrativas”.⁶⁹⁹ Assim, se o ato administrativo ainda deve ser qualificado como forma de atuação administrativa unilateral, fato é que “em muitos casos, e em diferentes momentos dessa decisão, ele parece ter-se transformado também numa realidade ‘bilateral’”.⁷⁰⁰ O ato administrativo, de “instrumento ‘autoritário’ de aplicação do direito ao caso concreto”, passa a ser um “mecanismo de concertação com os particulares, destinado a obter a sua aceitação e colaboração para o desempenho das tarefas administrativas”.⁷⁰¹

Com base nisso, defende o “abandono de uma noção autoritária de ato administrativo, que é consequência das transformações impostas pela Administração prestadora e conformadora do Estado pós-social dos nossos dias”.⁷⁰² É por isso que, segundo o autor, “nos atos administrativos de carácter prestador e constitutivo a vertente autoritária encontra-se quase totalmente eclipsada”.⁷⁰³ Nesse quadro, “o ato administrativo, mais do que manifestação do poder de uma Administração toda-poderosa, tende antes a surgir, em nossos dias, como um instrumento da função administrativa”,⁷⁰⁴ desempenhando, no Estado pós-social, novas funções, tais como (i) a garantia das posições dos particulares; (ii) a clarificação e antecipação previsível do desenvolvimento das relações administrativas; (iii) a concertação e aliciamento do particular para realização de tarefas administrativas; (iv) a facilitação da automação da Administração Pública.⁷⁰⁵

Assevera:

Trata-se, portanto, de atos administrativos que, se formalmente decorrem do exercício do poder administrativo, já materialmente consubstanciam verdadeiras situações de repartição do poder normativo entre a Administração e particulares, ou de exercício partilhado de poderes de determinação do direito aplicável, pelo que não se podem já enquadrar na clássica noção de ato administrativo.

⁶⁹⁹ *Ibidem*, p. 481.

⁷⁰⁰ *Ibidem*, p. 471.

⁷⁰¹ *Ibidem*, p. 466.

⁷⁰² *Ibidem*, p. 551. Aprofundar adiante, p. 562 e seguintes.

⁷⁰³ *Ibidem*, p. 563.

⁷⁰⁴ *Ibidem*, p. 492.

⁷⁰⁵ *Ibidem*, p. 457-458.

Daí que se deva concluir que os atos administrativos de concertação ou de aliciamento dos particulares para o desempenho de tarefas no domínio da Administração prestadora e conformadora ou infra-estrutural não cabem na noção de definição unilateral do direito aplicável aos particulares.⁷⁰⁶

Nesse cenário, a ideia de unilateralidade deve ser “repensada como uma realidade suscetível de apresentar cambiantes variações, permitindo mesmo a colaboração do particular no procedimento de emissão do ato”,⁷⁰⁷ afastando-se a ligação automática entre unilateralidade e exorbitância da posição da Administração face ao particular. Daí, para o autor, o acento tônico do ato administrativo não deve mais ser posto na noção de autoridade, de imperatividade, não sendo necessário “invocar pretensas qualidades de ‘executoriedade’, de ‘imperatividade’ ou de ‘obrigatoriedade’, ou inventar uma ‘presunção de legalidade’ dos atos administrativos”.⁷⁰⁸

O ato administrativo necessita, nessa medida, ser “entendido no quadro da relação jurídica (bilateral e multilateral)”,⁷⁰⁹ de modo que, em oposição à clássica noção de ato administrativo enquanto “manifestação prototípica do poder administrativo”, ele precisa ser agora compreendido como “um dos vários instrumentos possíveis de decisão, no quadro de uma Administração prestadora e constitutiva, em que ‘administrar’ se tornou mais importante do que ‘ordenar’”.⁷¹⁰ O ato administrativo passa, nessa óptica, a constituir uma das formas de decisão de realização dos fins públicos acometidos à Administração, uma das alternativas de atuação administrativa: “[...] é, pois, um ‘meio’ de administração e não um ‘fim’ em sim mesmo”.⁷¹¹ Sintetiza:

De tudo isso resulta que a noção de ato administrativo tem vindo a ser adaptada e transformada em razão das circunstâncias históricas de organização e de funcionamento da Administração Pública e do modelo de Estado que lhe está subjacente. Assim, a “crise” do ato administrativo, se veio obrigar a reconsiderar o posicionamento dogmático da figura [...] e impor o reequacionamento da sua função, bem assim como do seu conteúdo, não significou, no entanto, o desaparecimento ou o esgotamento das virtualidades teóricas e práticas desta forma de atuação da Administração. Antes, o ato administrativo, reconduzido agora à sua correta posição dogmática de simples “momento” de um relacionamento duradouro entre o particular e a Administração, [...] continua a ser, em nossos dias,

⁷⁰⁶ *Ibidem*, p. 563-564.

⁷⁰⁷ *Ibidem*, p. 565.

⁷⁰⁸ *Ibidem*, p. 448; 561.

⁷⁰⁹ *Ibidem*, p. 453.

⁷¹⁰ *Ibidem*, p. 566.

⁷¹¹ *Ibidem*, p. 569.

uma forma de atuação muito importante e frequente da Administração Pública.⁷¹²

Pedro GONÇALVES é certo:

Como se sabe, o ato administrativo – é a custa dele que se vai construir toda a especialidade do direito administrativo – é definido com as notas da unilateralidade e da autoridade [...], o que torna muito nítida a sua distanciação em relação ao contrato. Depois, o esforço da doutrina vai concentrar-se na tentativa de reconduzir todas as ações que envolvam a Administração ao esquema do ato administrativo; por força disso, este vai acabar por enquadrar certas relações jurídicas de feições bem menos autoritárias do que a sua definição pressupunha. [...] Para abranger estas relações menos autoritárias no conceito de ato administrativo, a doutrina passou a falar de *atos administrativos de submissão* e de *atos administrativos bilaterais*.⁷¹³

Para GONÇALVES, assim, não mais existe a Administração *top-down*, ou seja, a Administração do ato e da regulação pública unilateral e vertical, tendo sido substituída por um sistema de “Administração de consenso” e de “governança partilhada”.⁷¹⁴ Noutra oportunidade, após avaliar o carácter de “tipicidade” dos atos administrativos, relacionando-o à Administração das “zonas de atuação unilateral e autoritária”, constata a tendência de “destipização” dos atos provocada no seio do Direito Administrativo da Regulação,⁷¹⁵ no qual a autoridade – ainda presente e indiscutivelmente imprescindível – se articula com o consenso, na adoção de medidas de carácter *light*, “diálogos regulatórios” ou “conversas regulatórias”,⁷¹⁶. A Administração passa a adotar, no campo regulatório, medidas de ação concertada e negocial, acompanhando a tendência geral de expansão do consensualismo, medidas essa que o autor inscreve no quadro dos *atos administrativos consensuais*.⁷¹⁷

Em França, LAUBADÈRE, MODERNE e DEVOLVÉ destacaram a dificuldade de se distinguir atos administrativos unilaterais de atos plurilaterais, na

⁷¹² *Ibidem*, p. 453-454.

⁷¹³ GONÇALVES, Pedro. **O contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 13-14.

⁷¹⁴ *Ibidem*, p. 24.

⁷¹⁵ GONÇALVES, Regulação, electricidade... *op. cit.*, p. 42-45. Linotte e Romi também tratam do assunto quando afirmam que, dentre os caracteres gerais da evolução do direito administrativo sobre o domínio económico, encontra-se o fato de que os atos administrativos perderam a sua rigidez, sua solenidade, e se alargaram, estendendo-se os critérios dos atos administrativos (LINOTTE; ROMI, *Services Publics*... *op. cit.*, p. 24-25).

⁷¹⁶ *Ibidem*, p. 46-47.

⁷¹⁷ *Ibidem*, p. 48. É com base nisso que, em desfecho, afirma que a atuação pública reguladora não se explica em todos os casos a partir do tradicional paradigma da contraposição linear de interesses público e privado, baseando-se, por vezes, numa lógica mais complexa de equilíbrios, convergências e interconexões, que, com apoio em Cassese, o autor afirma constituir uma “plataforma de equilíbrio tripolar” (*ibidem*, p. 66-67).

medida em que ambos podem conter certa dose de acordo.⁷¹⁸ O mesmo DEVOLVÉ, a quatro mãos com Georges VEDEL, afirma que “o ato que resulta de um concurso de vontades de duas ou mais pessoas para regular os relacionamentos entre eles não pode constituir um ato administrativo unilateral”.⁷¹⁹

Nesse passo, Augustín GORDILLO aponta que a bilateralidade pode estar tanto na formação do ato (concorrência de vontades) quanto em seus efeitos, reconhecendo a divergência na doutrina argentina no que tange ao reconhecimento de caracteres que tais nos atos administrativos.⁷²⁰ Algo semelhante faz Juan Carlos CASSAGNE.⁷²¹

No Brasil, sustenta Floriano de Azevedo MARQUES NETO que a fórmula tradicional do ato administrativo se embasa numa construção epistemológica que se apoia na ideia de autoridade como fonte. O ato administrativo unilateralmente produzido – que o autor denomina de “autista” – tem como principal característica um “brutal déficit de comunicação com o meio ambiente”, e por seu intermédio a Administração, agindo de forma autoritária, demonstra profunda indiferença com relação ao administrado, que assume a condição de mero “espectador e destinatário” do ato, bem como com relação aos “impactos que a prática do ato terá nos sistemas econômico, social, cultural, etc.”.⁷²² Para o autor, esse paradigma do ato administrativo autista precisa ser urgentemente superado.

Odete MEDAUAR, após afirmar que “o ato administrativo deixou de ser o foco predominante do direito administrativo”, conclui que “vem ocorrendo a subtração de muitas áreas à atividade administrativa unilateral”, o que leva à necessidade de “inserir o ato administrativo em um quadro de atividades mais complexas e articuladas”, atenuando o “exercício solitário do poder administrativo

⁷¹⁸ LAUBADÈRE, André de; MODERNE, Franck; DEVOLVÉ, Pierre. **Traité des Contrats Administratifs**. T. 1. Paris: L.G.D.J., 1983, p. 54-66.

⁷¹⁹ VEDEL; DEVOLVÉ, Droit Administratif, *op. cit.*, p. 249. É nessa perspectiva, aliás, que o clássico Louis Rolland afirmava que o ato que acomete a um privado a gestão de um serviço público, pela pluralidade de interesses envolvidos, somente pode ser um ato plurilateral (ROLLAND, Louis. **Précis de Droit Administratif**. 10.ed. Paris: Dalloz, 1953, p. 47). Nesse ponto, Pierre Devolvé admite que a organização de um serviço público se dê pela via de atos administrativos elaborados pela via do acordo, os quais não constituiriam propriamente um contrato e sum uma “convenção de efeitos regulamentares”, a qual “determina os direitos e as obrigações para os terceiros independentemente de sua adesão”, de modo que soma-se o caráter negocial (convenção) ao caráter unilateral (regulamentar). Daí a possibilidade, vislumbrada pelo autor, de combinação entre atos administrativos unilaterais e contratos (DEVOLVÉ, **L’acte administratif**, *op. cit.*, p. 78-83).

⁷²⁰ GORDILLO, Augustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo III, p. IV-26 e seguintes. Versão digital. Disponível em: www.gordillo.com. Acesso em: 09/11/2013.

⁷²¹ CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**. 7.ed. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002, p. 48-50.

⁷²² MARQUES NETO, A superação do ato administrativo autista... *op. cit.*, p. 95-97; 107.

por parte do ator do ato”, numa espécie de “*democracia de atos*”.⁷²³ Afirma que além dos atos decorrentes do exercício de poderes imperativos, a Administração “emite outras modalidades de atos, resultantes de consenso, acordo, negociação, e decorrentes da própria vontade dos administrados”,⁷²⁴ e aponta que se tem assistido a uma profunda atenuação do caráter unilateral e impositivo da atividade administrativa, caracteres típicos da Administração Pública clássica, aumentando-se de maneira considerável a utilização de módulos convencionais, contratuais ou consensuais, no que consubstancia a denominada Administração Concertada ou Administração por Consenso, contraposta à clássica “Administração por atos”.⁷²⁵

Remata a autora:

A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação e definição de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade. [...] Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato [...] Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação”.⁷²⁶

Vitor SCHIRATO reconhece que, não raro, a Administração Pública atua de forma bilateral e consensual, “abdicando do traço autoritário entendido como elemento essencial de sua forma de atuação”, de modo que, para o autor, não é possível sustentar que todos os atos administrativos são imperativos. A imperatividade e a unilateralidade, portanto, não são “atributos” do ato administrativo, e sim apenas elementos conferidos pela lei para a consecução de uma dada finalidade pública, sendo que a *função* é o grande norte do ato administrativo na contemporaneidade.⁷²⁷

Seguindo esse pensamento, Bernardo GUIMARÃES afirma que a superação da explicação do Direito Administrativo pela via da autoridade acaba por depor contra a concepção tradicional que encara o ato administrativo como “centro de gravidade da Administração Pública”, de sorte que o “ato administrativo, tal qual tradicionalmente apresentado pela doutrina, perde muito de sua originalidade”.

⁷²³ MEDAUAR, O Direito Administrativo em Evolução, *op. cit.*, p. 204-205.

⁷²⁴ *Ibidem*, p. 205.

⁷²⁵ *Ibidem*, p. 209.

⁷²⁶ *Ibidem*, p. 211.

⁷²⁷ SCHIRATO, Vitor. Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos. In: SCHIRATO; MEDAUAR, Os Caminhos... *op. cit.*, p. 123; 131; 133; 140.

Nessa linha, o autor propõe a substituição da noção de “ato administrativo” pela de “módulo da atuação administrativa” como determinante para a atuação estatal.⁷²⁸ É por isso que Odete MEDAUAR assevera que “nas visões contemporâneas, *unilateral* diz respeito à fonte de emanção do ato administrativo, não ao modo de fixação de seu conteúdo, nem ao processo de sua formação”.⁷²⁹

Fala-se que a crise do Direito Administrativo tradicional teve como um dos sintomas o fato de o ato administrativo ter perdido a sua “posição de protagonista nas relações entre o Estado e os cidadãos”.⁷³⁰ Chega-se a sustentar, nessa medida, a superação do ato administrativo por noções como a de “processualidade” e de “relação jurídica administrativa”.⁷³¹

Note-se, porém, que nada do que foi acima dito importa que tenha o ato administrativo perdido sua posição de destaque no direito administrativo. Conforme Vasco da SILVA, o ato administrativo possui plena capacidade de adaptação à nova realidade, e, libertado de seus “traumas de infância”, encontra-se em processo de renovação permanente.⁷³² O ato administrativo, portanto, apenas sofreu um processo de redimensionamento, de depuração, dilapidando-se de seus brutos contornos aqueles caracteres que não lhe são essenciais.⁷³³

3.1.3. As autorizações regulatórias enquanto atos administrativos consensuais com eficácia multilateral

Com arrimo nas considerações precedentes, pode-se sustentar com segurança que as autorizações administrativas regulatórias, delineadas como

⁷²⁸ GUIMARÃES, Ato Administrativo... *op. cit.*, p. 82-85.

⁷²⁹ MEDAUAR, Ato administrativo... *op. cit.*, p. 30.

⁷³⁰ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 93.

⁷³¹ Ver, por todos, a apresentação das teorias constante de Vasco da Silva: SILVA, Em busca... *op. cit.*, p. 147-442.

⁷³² SILVA, Em busca... *op. cit.*, p. 456.

⁷³³ É por isso que não se concorda com afirmações como a feita por Schmidt-Salzer, de acordo com o qual o ato administrativo tende a ser encarado como produto de uma época jurídica pretérita, e que hoje seria apenas “reliquia de um tempo passado” (*apud* ESTORNINHO, Requiem... *op. cit.*, p. 65). Como bem afirma Pedro Gonçalves, a expansão do consenso na ação administrativa está longe de “implicar a abolição do ato administrativo, seja porque, por si mesmo, também o próprio ato pode ser o produto de um consenso, seja porque, nos casos em que o consenso não é alcançado, a Administração Pública há de continuar a estar em condições de *impor* o direito da situação concreta” (GONÇALVES, O Contrato Administrativo, *op. cit.*, p. 25). A propósito, as reflexões de Ricardo Villata: “O quanto até agora se observou redimensiona em parte o papel do ato administrativo (ou melhor, contribui para eliminar ênfases injustificadas), mas não deve conduzir ao oposto, e ainda mais discutível, convencimento de que o próprio ato se reconduziria a um conceito puramente abstrato, a mera categoria lógica inexistente na realidade, da qual não seria possível buscar uma disciplina constante” (VILLATA, Riccardo. **Diritto Amministrativo**, vol. II. Bolonha: Monduzzi, 1998, p. 1393).

instrumentos públicos de regulação – função esta típica da formatação estatal do século XXI –, não poderiam deixar de estar imersas nesse paradigma de atuação dialógica que, abdicando da unilateralidade autista e autorreferente típica do século XVIII e XIX (e mesmo de boa parte do século XX), avança rumo ao consensualismo.

Seguindo essa trilha, sustenta-se que, embora as autorizações regulatórias possam ainda ser compreendidas como atos administrativos, certamente não são atos administrativos tal como classicamente concebidos, possuindo em sua formulação um amplo espectro de consensualidade – um “acertamento consensual”, na feliz expressão de Renato ALESSI⁷³⁴ –, podendo-se afirmar, por isso mesmo, que são autênticos “atos administrativos consensuais” ou “atos administrativos negociais”.

Conforme Vasco da SILVA, é plenamente possível a negociação de muitas cláusulas no âmbito dos atos administrativos, ainda que esta negociação não conduza à formação de um “verdadeiro contrato”, servindo mais para preparar o conteúdo do ato emitido (unilateralmente) pelo Estado. No entanto, numerosos atos, “aparentemente unilaterais, dissimulam montanhas de compromissos, de ‘consensos’ alcançados”.⁷³⁵

Análise das mais aprofundadas acerca dos atos administrativos consensuais é realizada por Luciano PAREJO ALFONSO *et. al.* Para os autores, os atos consensuais, distintos dos contratos propriamente ditos, seriam aqueles em que há unilateralidade no regime de sua produção (ou seja, são ainda *atos*), no entanto, há bi(multi)lateralidade em seu resultado, que é, em definitivo, um acordo, um pacto (ou seja, um negócio jurídico bi ou multilateral).⁷³⁶ O ato administrativo consensual é definido como

[...] acordo de vontades entre uma Administração pública e um ou vários sujeitos de Direito, regulado pelo Direito administrativo, celebrado no contexto de um procedimento administrativo através do qual aquela deve exercer uma potestade administrativa [...] dirigido à constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica.⁷³⁷

⁷³⁴ ALESSI, Renato. **Principi di diritto amministrativo**. 4. ed. V. I. Milão: Giuffrè, 1978, p. 339.

⁷³⁵ SILVA, Em busca... *op. cit.*, p. 466-467.

⁷³⁶ PAREJO ALFONSO *et. al.*, Manual... *op. cit.*, p.705.

⁷³⁷ *Ibidem*, p. 753. Para os autores, como o ato administrativo consensual é um negócio jurídico de caráter contratual e uma forma alternativa de desenvolvimento da atividade administrativa unilateral, seu elemento essencial é a causa (*ibidem*, p. 758). Os autores apresentam, ainda, interessantes classificações de atos consensuais (*ibidem*, p. 754-757), bem como fazem referência aos sujeitos, ao objeto e ao conteúdo do ato consensual (*ibidem*, p. 759-766). A seguir, inserem uma importante limitação da técnica convencional: na medida em que esta não constitui uma forma de atuação

Tais atos consensuais possuem, para os autores, a potencialidade positiva de substituir decisões administrativas unilaterais, sobretudo na solução de conflitos, no entanto, ao se situarem na fronteira entre os atos e os contratos, trazem dificuldades; como consequência, ocorre o deslocamento de “elementos basais da arquitetura estabelecida pelo Direito administrativo e a necessidade, portanto, de um verdadeiro câmbio na sua construção dogmática”.⁷³⁸ A principal novidade dos atos consensuais consiste, destarte, em “fazer plenamente visível a relação jurídica que até agora somente era vista através das instantâneas facilitadas pelos atos administrativos ordinários ou unilaterais”; e sua peculiaridade radica na participação de terceiros no exercício da atividade administrativa.⁷³⁹

Precioso o raciocínio de JELLINEK, que afirmava que “a absoluta unilateralidade de certos atos administrativos e a bilateralidade dos contratos [...] constituiriam os dois polos de uma escala”, dentro da qual os “atos administrativos bilaterais”⁷⁴⁰ ocupariam posições intermédias”.⁷⁴¹

De modo semelhante, Rosario FERRARESE, após anotar que as mutações no papel desempenhado pela lei formal auxiliaram-na na exigência de “simplificar e racionalizar a ação administrativa, operando estruturalmente sobre as modalidades de exercício do poder autoritário”,⁷⁴² conclui pela impossibilidade teórica e fática de reconduzir todas as figuras jurídicas a um único gênero de “acordos”.⁷⁴³ Daí o autor trabalhar com a categoria dos “atos mistos”, que se situa “na fronteira do contrato e do ato administrativo unilateral, e dá vida, por consequência, à criação de uma nova

distinta, e sim apenas uma forma *alternativa* de atuação unilateral, “seu emprego não pode de forma alguma ter por consequência uma ‘alteração’ do regime da atividade”, ou seja, “a atividade não pode converter-se em privada” – e aqui colocam a questão da manutenção dos poderes de ação unilateral da Administração na execução do acordo. E respondem, afirmando que não pode ser afastado o fato de que, inobstante a natureza contratual do ato administrativo consensual, “nele a Administração não perde de modo algum sua conexão e, por isso mesmo, sua vinculação total ao interesse geral e ao ordenamento jurídico”, de sorte que, na relação jurídica configura pelo ato consensual, “a Administração não ostenta simplesmente um ‘interesse de parte’, pois segue sendo gestora do interesse geral”, o que traz como consequência a essencial aplicabilidade do regime da atividade unilateral, com as modulações que impõem a natureza contratual do ato consensual. (*Ibidem*, p. 766-769).

⁷³⁸ *Ibidem*, p. 751.

⁷³⁹ *Ibidem*, p. 767; 769.

⁷⁴⁰ A expressão “ato bilateral” é encontrada também em: ORLANDO, V. E. **Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano**. V. 2, P. 2. Milão: Società Editrice Libreria, 1915, p. 23.

⁷⁴¹ JELLINEK *apud* ESTORNINHO, Requiem... *op. cit.*, p. 42-43. Sobre a teoria de Jellinek, cf. também: FORSTHOFF, Tratado... *op. cit.*, p. 294-298.

⁷⁴² FERRARESE, Rosario. **Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione**. Milão: Giuffrè, 1985, p. 8.

⁷⁴³ *Ibidem*, p. 138.

e original figura de ato jurídico”, representando o declínio da unilateralidade do ato administrativo e a afirmação dos modelos de “economia concertada”.⁷⁴⁴

A mesma noção de ato misto é apresentada, em território francês, por LINOTTE e ROMI: citando Madiot, os autores consentem que a intervenção administrativa em matéria econômica impactou as clássicas distinções entre atos unilaterais e contratos com a inserção de “procedimentos convencionais”, que se encontram na fronteira entre ambos os conceitos, fazendo surgir a noção de “ato misto” como uma terceira categoria, intermédia.⁷⁴⁵

Acerca dos “acordos bilaterais”, André de LAUBADÈRE *et. al.* sustentam que, a despeito de não serem autênticos contratos, são atos que possuem “aparência contratual” – ou seja, são “atos complexos”, numa das acepções que inicialmente⁷⁴⁶ se atribuíam à expressão.⁷⁴⁷

No Brasil, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO aborda a questão dos “acordos não contratuais”.⁷⁴⁸ De grande valia a noção de “atos administrativos negociais” trazida pelo mesmo autor, ao afirmar:

Não obstante atos *unilaterais*, esses atos contêm um *embrião de bilateralidade*, daí serem, por esta característica, denominados de *atos negociais*, já que neles se vislumbram traços de um negócio jurídico, por isso chamados, ainda, de *atos receptícios*, porque neles se demanda, de algum modo, a *manifestação da aceitação do administrado*, que os solicitou.⁷⁴⁹

A expressão “ato negocial” é mencionada também por Romeu BACELLAR FILHO, após ter o autor consignado a peculiaridade do desfazimento dos atos vinculados em contraste com as tradicionais autorizações discricionárias.⁷⁵⁰

Acresça-se a isso tudo o fato de que os atos produzidos pela Administração contemporânea deixam de ter uma eficácia limitada aos particulares; ao revés, conforme Vasco da SILVA, “seus efeitos podem afetar imediatamente outros

⁷⁴⁴ *Ibidem*, p. 38.

⁷⁴⁵ LINOTTE; ROMI, *Services Publics...* *op. cit.*, p. 26. Adiante, criticam a jurisprudência francesa por inadmitir essa “terceira via” dos atos mistos (*ibidem*, p. 36).

⁷⁴⁶ Nesse sentido, cf.: ORLANDO, *Primo Trattato...* *op. cit.*, p. 22.

⁷⁴⁷ LAUBADÈRE *et. al.*, *Traité des contrats administratifs*, *op. cit.* p. 22. Garrido Falla, citando Tivaroni, menciona os acordos como um *tertium genus*, ao lado dos atos simples e complexos (GARRIDO FALLA, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 570).

⁷⁴⁸ MOREIRA NETO, *Mutações do Direito Administrativo...* *op. cit.*, p. 139.

⁷⁴⁹ MOREIRA NETO, *Curso...* *op. cit.*, p. 176.

⁷⁵⁰ BACELLAR FILHO, *Concessões...* *op. cit.*, p. 199.

sujeitos, apresentando um caráter multilateral”,⁷⁵¹ característica plenamente atribuível às autorizações administrativas, consoante aponta o próprio autor.⁷⁵² No mesmo senso Maria João ESTORNINHO, para quem “já não é possível pensar em termos de relações meramente bilaterais”, visto que “cada particular está implicado “numa rede de relações pluridimensionais”.⁷⁵³ Nesse prisma, GARRIDO FALLA⁷⁵⁴ e EISENMANN⁷⁵⁵ preferem a expressão “ato plurilateral” à noção de “ato bilateral”, posto que a primeira abrange a segunda *mais* a ideia de “ato multilateral”.

Todas essas reflexões são plenamente aproveitáveis para a compreensão das autorizações administrativas regulatórias. É, destarte, nesse cenário de reforço da consensualidade na atuação da Administração Pública que se pode sustentar que as autorizações regulatórias perderam em muito o caráter unilateral outrora atribuído às autorizações de polícia. A própria natureza da função administrativa exercida, que como se verá não mais é uma função de mera polícia (ao menos não no sentido tradicional da expressão), impede que a autorização regulatória revista-se de tal característica.

É claro que a regulação ínsita às autorizações regulatórias pode carregar certas doses de autoridade, sob pena de ser completamente ineficaz;⁷⁵⁶ o que se quer dizer aqui é que a autoridade e a unilateralidade não são mais a regra, ou seja, elemento *sine qua non* para a atuação administrativa no momento de expedir autorizações, sendo permeada, atenuada e minada em diversos campos nos quais a consensualidade pode gerar melhores resultados.

Não se descuida que as autorizações tradicionais, mesmo sendo espécies de atos administrativos (e, portanto, inseridas na dimensão da unilateralidade) já perceberam alguma atenção da doutrina clássica ao ponto de serem consideradas como “atos receptícios” ou “atos negociais”, ou seja, como atos dependentes da manifestação de vontade de um terceiro (o particular interessado em obter a

⁷⁵¹ SILVA, Em busca... *op. cit.*, p. 130.

⁷⁵² *Ibidem*, p. 136. O autor afirma que a relação jurídica multilateral constitui a modalidade de relação típica da Administração contemporânea, retratando o nicho das “complexas relações administrativas modernas”. (*Ibidem*, p. 137). Sobre as relações jurídicas multilaterais, aprofundar em: MOREIRA, Direito das Concessões... *op. cit.*, p. 279-281.

⁷⁵³ ESTORNINHO, Requiem... *op. cit.*, p. 64.

⁷⁵⁴ GARRIDO FALLA, Tratado... *op. cit.*, p. 573.

⁷⁵⁵ EISENMANN, Cours... *op. cit.*, p. 79.

⁷⁵⁶ Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld sustenta que pela regulação o Estado “intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade” (SUNDFELD, Introdução às Agências... *op. cit.*, p. 23).

autorização) para se concretizarem.⁷⁵⁷ Ocorre que esse apontamento difere em muito do aqui pugnado: da expressão “atos negociais” a doutrina tradicional não extraía maiores consequências senão essa – a de que a autorização dependia de manifestação de vontade\interesse do particular para produzir seus efeitos. O ato, ainda que negocial, continuava sendo estritamente unilateral.⁷⁵⁸ Eram raros os posicionamentos, como o de Marcel WALINE, que atribuíam ao caráter negocial da autorização a possibilidade de engendrar um ato de outorga de índole contratual.⁷⁵⁹

Atualmente, o caráter negocial das autorizações regulatórias pode ser aproveitado para alcançar patamares mais notáveis: em destaque, a possibilidade de esta negociabilidade contribuir para atenuar o caráter estritamente unilateral do ato autorizativo, viabilizando que particular e Administração Pública efetivamente negociem cláusulas que farão parte do termo de autorização.

Nesse sentido, destaca-se a existência de notável doutrina estrangeira que, tal como aqui pugnado, relativiza a impositividade da unilateralidade no campo específico das autorizações administrativas – evidentemente, com fundamento em disposições do ordenamento jurídico em que inserida.

Assim é que, na Espanha, Manuel Izquierdo CARRASCO é claro em conceber a possibilidade de as habilitações traduzidas em autorizações administrativas possuírem natureza unilateral ou contratual, e que “na prática nem sempre é fácil determinar ante qual caso nos encontramos”.⁷⁶⁰ Igualmente, pondera Gaspar ARIÑO ORTIZ que “não há poder unilateral de modalização (como ocorria no serviço público tradicional)”, visto que “as prestações novas que a Administração Pública requerer deverão ser ‘negociadas’, pactuadas com o operador”.⁷⁶¹ MUÑOZ MACHADO, nesse senso, reconhece que a utilização da autorização no âmbito da gestão de serviços demanda “completar a unilateralidade característica da técnica autorizatória com alguns elementos procedentes do regime dos contratos”, de sorte

⁷⁵⁷ Vide, por todos: VIRGA, Il provvedimento... *op. cit.*, p. 41; DEVOLVÈ, L'acte administratif, *op. cit.*, p. 14-17.

⁷⁵⁸ Tal concepção ainda se faz presente na doutrina nos dias de hoje: conforme Sara Farias, “os atos administrativos negociais podem ser enquadrados como atos unilaterais” (FARIAS, Regulação jurídica... *op. cit.*, p. 66).

⁷⁵⁹ WALINE, Marcel. **Manuel élémentaire de droit administratif**. 4. Ed. Paris: Sirey, 1946, p. 449-450.

⁷⁶⁰ CARRASCO, Manuel Izquierdo. Algunas cuestiones generales a propósito del ejercicio privado de funciones públicas en el ámbito de la seguridad industrial. *In*: Os Caminhos da Privatização... *op. cit.*, p. 403.

⁷⁶¹ ORTIZ, La liberalización... *op. cit.*, p. 34.

a permitir à Administração estabelecer as condições às quais a atividade autorizada deve se submeter em cada caso.⁷⁶²

Não difere o pensamento de Juan Carlos CASSAGNE, para quem, dentre as grandes tendências do serviço público (e das suas técnicas a ele atreladas), encontra-se a “mutabilidade consensuada”, a “eliminação do poder discricionário da autoridade” e o “desaparecimento da relação de sujeição especial” e sua “substituição por vínculos de base contratual que contenham, inclusive, procedimentos de regulação consensuada ou negociada”.⁷⁶³ Diferindo as “autorizações” (tradicionais) das “licenças”, e inscrevendo estas últimas dentro do âmbito da técnica concessória, afirma que a grande vantagem das novas licenças de serviço público é a de “gerar relações bilaterais de imediato, haja ou não reciprocidade, sem necessidade de formalizar um contrato”, e que, quando possuírem embasamento contratual, constituirão no fundo uma concessão de serviço público, inclusive no que tange à estabilidade da relação.⁷⁶⁴ Em tom conclusivo, argumenta que a “introdução das reformas e inovações no sistema concessório requer novas pautas interpretativas”, afastando o viés autoritário e substituindo a ideia de “poder de dominação do Estado” pela ideia de “serviço”. É nessa medida que o autor compreende os “contratos de licença” como acordos que não podem ser fixos e imutáveis, já que sua “mutabilidade consensuada configura um contrato em marcha”.⁷⁶⁵ Noutra obra, reafirma:

Tanto a concessão de serviços públicos como a figura da licença de exploração de serviços públicos constituem contratos administrativos em razão de seu objeto, que refletem uma equivalência de prestações nascida de um acordo de vontades entre a administração o particular concessionário ou licenciado.⁷⁶⁶

Ao abordar as técnicas de associação ao serviço público em França, Gilles GUGLIELMI afirma que “a ação unilateral pode promover um modo de ação negociado”, no qual a Administração expede atos multilaterais.⁷⁶⁷ Ressaltando a tendência de contratualização e consensualização, aduz que não é porque um ato

⁷⁶² MUÑOZ MACHADO, S. **Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General**. T. I. Madri: Civitas, 2004, p. 1212-1213.

⁷⁶³ CASSAGNE, El servicio público en el campo... *op. cit.*, p. 65.

⁷⁶⁴ *Ibidem*, p. 79-80. No mesmo senso, cf. do autor: CASSAGNE, Derecho Administrativo, *op. cit.*, p. 372-373.

⁷⁶⁵ *Ibidem*, p. 89.

⁷⁶⁶ CASSAGNE, La intervención... *op. cit.*, p. 185.

⁷⁶⁷ GUGLIELMI, Introduction... *op. cit.*, p. 153; 165.

de delegação ou associação ao serviço público é um ato “unilateral” que o consenso do privado não pode ser obtido. Consoante anota o autor no caso específico da autorização, esta traduz uma adesão do privado ao regime ao qual será submetido em caso de efetiva edição do ato demandado; daí a possibilidade de se assimilarem os atos unilaterais e os atos negociais, convencionais.⁷⁶⁸

Na Itália, Massimo GIANNINI, ao tratar dos “contratos substitutivos de provimentos administrativos”, menciona a convenção de atribuição de um serviço público a uma empresa privada, e logo a seguir, ao analisar a figura dos “acordos procedimentais” (concordâncias sobre o conteúdo decisional do provimento administrativo, resultantes de negociações entre a administração e as partes), traz como exemplo justamente a figura da autorização, como forma das mais complexas de acordo procedimental.⁷⁶⁹

O entendimento retumba no Brasil. Assim, Miguel REALE, após inserir a autorização dentro do contexto dos “negócios administrativos”, que, por sua natureza, são bilaterais, afirma que a autorização, nesse caso, configurar-se-ia como “ato administrativo negocial de caráter múltiplo e de natureza contratual”. Trata-se, na dicção do autor, de um “ato administrativo negocial do mais amplo espectro, no qual se combinam distintas formas de atividade administrativa” (a exemplo da autorização), que servem como instrumento de realização do pactuado, pois “é a nota contratual a prevalecente no negócio administrativo em apreço, em virtude das obrigações correspectivamente firmadas”.⁷⁷⁰

A respeito da permissão (em raciocínio aproveitável às autorizações de que aqui se trata), Floriano MARQUES NETO afirma que, na medida em que se admita a satisfação de algum interesse público por intermédio do ato em questão, “já estará presente alguma bilateralidade, algum caráter negocial, ainda que ela não se traduza num instrumento obrigacional sinalagmático, ou seja, em um contrato bilateral propriamente dito”.⁷⁷¹ Ora, considerando que atualmente as autorizações também podem servir para satisfazer interesses públicos, patente que também nelas, de acordo com essa visão, pode-se fazer presente alguma bilateralidade.

⁷⁶⁸ *Ibidem*, p. 169-171.

⁷⁶⁹ GIANNINI, Il Pubblico Potere... *op. cit.*, p. 126-127.

⁷⁷⁰ REALE, Aplicações... *op. cit.*, p. 141-142. García de Enterría e Fernández discordam desse ponto de vista, ao inadmitirem a distinção entre “atos administrativos com qualidade de negócios jurídicos” e atos não negociais, visto que não lhes parece transponível ao Direito Administrativo a categoria de negócio jurídico construída sobre a ideia de autonomia da vontade. (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, Curso... v. I, *op. cit.*, p. 532).

⁷⁷¹ MARQUES NETO, Bens Públicos... *op. cit.* p. 341.

Enfrentando o tema de forma contundente, Carlos Ari SUNDFELD, ao analisar as autorizações do setor petrolífero, considera ajustada a menção, no art. 177, §1º da CF/88, à expressão “contratação” para se referir à relação entre a União e os autorizados no campo do petróleo. Afirmar que, por certa “tradição retórica da doutrina”, a autorização é definida como ato unilateral, no entanto, em sua visão, a autorização – ao menos no setor do petróleo – “é um ato negocial, com sua carga de bilateralidade. As características envolvidas são as mesmas do contrato, ao menos no que constitucionalmente importa”. Para o autor, pode figurar a autorização, portanto, como instrumento de *contratação* de um privado para atuar no setor.⁷⁷²

É assim que Fernando Dias de ALMEIDA inscreve a autorização administrativa como típico exemplo de *módulo convencional* substitutivo de decisões unilaterais da Administração Pública, mediante a qual a Administração convencionada com o particular interessado a adoção de certas condutas como condição para a emissão da autorização/licença (algo como um *acordo administrativo integrativo*).⁷⁷³

Nesse diapasão, é de ser posto em alto relevo o fato de a nova lei dos portos ter expressamente concebido a autorização como “contrato de adesão” (Lei n. 12.815/2013, art. 2º, XII e art. 8º, §1º), o que simboliza com perfeição a penetração de elementos de índole negocial no ato de autorização, implicando, portanto, o surgimento de uma espécie de “autorização contratual”, na expressão de Alexandre ARAGÃO,⁷⁷⁴ haja vista a possibilidade de as autorizações serem “materialmente contratos”.⁷⁷⁵

É por essa razão que reflete Egon Bockmann MOREIRA que as autorizações regulatórias, a depender do caso concreto, podem ter natureza de “ato administrativo contratual ou de contrato administrativo de adesão”,⁷⁷⁶ o que faz o autor as inscrever ao lado da concessão e da permissão, como um “módulo contratual”.⁷⁷⁷ Afigura-se possível, diante disso, avizinhar a autorização regulatória da concessão (tal como definida por MOREIRA), compreendendo-a como *relação*

⁷⁷² SUNDFELD, Carlos Ari. Regime Jurídico do setor petrolífero. In: SUNDFELD, Direito Administrativo Econômico... *op. cit.*, p. 394.

⁷⁷³ ALMEIDA, Contrato... *op. cit.*, p. 305-306.

⁷⁷⁴ ARAGÃO, Curso... *op. cit.*, p. 437.

⁷⁷⁵ ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos... *op. cit.*, p. 211, nota de rodapé.

⁷⁷⁶ MOREIRA, Direito das Concessões..., *op. cit.*, p. 70.

⁷⁷⁷ MOREIRA, Exploração Privada dos Portos... *op. cit.*, p. 1; 6. Poder-se-ia aproveitar, nesse espectro, a noção de *negócio autorizativo* exposta pela doutrina civilista, com expoente em Nattini (*apud* VASCONCELOS, A Autorização... *op. cit.*, p. 135), bem como a denominação *autorização constitutiva contratual* apresentada por Pedro Vasconcelos (*Ibidem*, p. 173).

*administrativa unitária complexa na qual se aliam: (i) um ato administrativo de outorga, de cunho unilateral; (ii) a existência de um regime regulamentar próprio para exploração da atividade; e (iii) um termo/contrato de adesão, de índole negocial.*⁷⁷⁸

Ante ao exposto, torna-se plenamente possível interpretar as autorizações regulatórias como atos administrativos negociais/consensuais, inscrevendo-as no quadro de instrumentos regulatórios de base dialógica e negocial de que lança mão a Administração Pública para atingir o maior consenso possível entre as partes pactuantes.⁷⁷⁹ De ato administrativo unilateral e imperativo, a autorização assume a natureza de ato consensual e passa a ser dotada de forte base contratual.

Não se olvida, por óbvio, que o consenso encontra limites no campo da regulação – afinal, como já dito, a unilateralidade não foi suplantada/substituída pela consensualidade. Ainda há (e sempre haverá) espaço para a utilização de atos unilaterais e com certa dosagem autoritária (desde que motivados).⁷⁸⁰ Tomando esse cuidado, portanto, a ilação que se deve sacar de tudo quanto foi dito acima não é a de que as autorizações regulatórias, em qualquer hipótese, deixaram de ser “atos” para ser “contratos”. Mais correto é concluir, ao revés, que as autorizações deixaram de ser puramente unilaterais e imperativas, e que passaram, assim, a admitir o consenso e a negociação como sua fonte geradora preferencial (ainda que não exclusiva) – a própria expressão “contrato de adesão” utilizada pela legislação claramente lhes retira o caráter estritamente unilateral.

Trata-se de fenômeno muito semelhante – senão idêntico – àquele que, tempos atrás, impactou a figura da permissão: a crise de sua caracterização como ato pura e estritamente unilateral e imperativo e a sua compreensão enquanto instrumento de índole negocial/consensual.

⁷⁷⁸ Sobre o tema, no campo das concessões, cf.: MOREIRA, Direito das Concessões... *op. cit.*, p. 91-95.

⁷⁷⁹ Em sentido contrário, José López-Muñiz afirma que as autorizações “não são nunca e nem devem poder ser instrumento de pactos ou acordos singulares de caráter contratual; nem meio de imposição de obrigações especiais” (LÓPEZ-MUÑIZ, Introducción... *op. cit.*, p. 277).

⁷⁸⁰ Como afirma Egon Bockmann Moreira, a regulação não deixou de ser uma tarefa estatal que deve ser exercida, em muitos casos, com a dose de autoridade necessária para a garantia da efetiva implementação das finalidades públicas (MOREIRA, Egon Bockmann. Os limites à competência normativa das Agências Reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 180-181). No mesmo sentido, afirma Bernardo Guimarães que “por mais que se invistam em esquemas consensuais sempre haverá um núcleo de autoridade inerente à regulação” (GUIMARÃES, Da Regulação... *op. cit.*, p. 111).

3.2. A autorização como ato discricionário

O segundo elemento que compõe o conceito tradicional das autorizações de polícia é a discricionariedade: de acordo com a noção tradicional dominante, a expedição de autorizações administrativas por parte da Administração Pública relacionava-se ao exercício de um juízo de oportunidade e conveniência pela autoridade competente – exercício esse, aliás, típico da atividade de polícia.⁷⁸¹

No que concerne às autorizações regulatórias, entretanto, a discricionariedade tem claramente cedido espaço à sua caracterização como ato vinculado. Em alguns casos – como ocorre no setor de telecomunicações (Lei n. 9.472/97, artigo 131, § 1º) – a legislação expressamente prevê que a outorga da autorização constituirá *ato vinculado* para a autoridade responsável: preenchidos certos requisitos legalmente previstos (a LGT, por exemplo, biparte-os em subjetivos e objetivos – Lei n. 9.472/97, artigos 132 e 133), é dever da autoridade expedir o ato autorizativo (salvo situações excepcionais, como a necessidade de limitação do número de autorizados, quando a LGT prevê a realização de processo seletivo). Desde o objeto da autorização até o procedimento de seleção do autorizado e as características da atividade e da pessoa, basicamente tudo pode ser demarcado pelas legislações setoriais ou por atos normativos emanados das Agências Reguladoras, o que reduz em muito o espectro de discricionariedade do ato autorizador.

Em verdade, é de bom alvitre lembrar que a própria discricionariedade enquanto atributo de todo e qualquer ato administrativo tido sido combatida, posto que derivada de uma ideia arbitrária de Administração Pública. Nessa óptica, tem-se pregado a necessidade de motivação de todo e qualquer ato administrativo, a qual deve indicar de modo fundamentado a juridicidade das escolhas administrativas.⁷⁸²

Nessa perspectiva, note-se que a discricionariedade não foi um elemento unânime sequer na definição das autorizações de polícia, ou seja, “nem a própria doutrina, nacional e de alhures, é unânime quanto à necessidade de discricionariedade na emissão de autorizações administrativas”.⁷⁸³ Na doutrina

⁷⁸¹ Vide, por todos: MEIRELLES, Direito Administrativo Brasileiro, 34. ed., *op. cit.*, p. 138-139.

⁷⁸² FREITAS, Direito Fundamental... *op. cit.*, p.314.

⁷⁸³ ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos... *op. cit.*, p. 209.

alemã,⁷⁸⁴ francesa,⁷⁸⁵ espanhola⁷⁸⁶ e italiana,⁷⁸⁷ há notáveis doutrinadores que advogam a possibilidade de as autorizações possuírem tanto cunho discricionário quanto vinculado.

O mesmo ocorreu na doutrina brasileira, a exemplo de Themístocles Brandão CAVALCANTI, que já reconhecia que “a autorização está, em regra, disciplinada, quer na forma de sua concessão, quer na sua exploração, pelas leis e pelos regulamentos”, não sendo, portanto, ato discricionário;⁷⁸⁸ e de Caio TÁCITO, para quem do efeito constitutivo resulta “um limite à revogabilidade das autorizações que não se podem desfazer, discricionariamente, uma vez consolidado o exercício do direito individual”, sendo que “o respeito ao princípio do direito adquirido não permite à administração revogar livremente, por motivo de conveniência, o ato de autorização”.⁷⁸⁹

Diante disso, notou LAGUNA DE PAZ que “o caráter vinculado ou discricionário não é uma nota definidora da autorização”, de modo que “é a natureza das potestades administrativas o que transmite às autorizações seu caráter discricionário ou regulado”.⁷⁹⁰ Para o autor, sempre que possível a norma deve tender a configurar poderes vinculados às autorizações, visto ser criticável a imposição de critérios abertos e abstratos ao interessado na obtenção de uma autorização, sobretudo nos setores recentemente despublicizados.⁷⁹¹

De fato, parece altamente questionável que a autorização administrativa de polícia seja encarada como ato puramente discricionário, considerando que se

⁷⁸⁴ Nesse sentido, cf.: FLEINER, Les principes... *op. cit.*, p. 250; FORSTHOFF, Tratado... *op. cit.*, p. 105; MAYER, Derecho..., t. I., *op. cit.*, p. 151-152.

⁷⁸⁵ LIVET, L'autorization... *op. cit.*, p. 73; JÈZE, Principios Generales... t. I, *op. cit.*, p. 224-225.

⁷⁸⁶ SANTAMARÍA PASTOR, Principios... *op. cit.*, p. 273; LÓPEZ-MUÑIZ, José Martínez. La regulación económica en España. In: ARIÑO ORTIZ, Gaspar; DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M.; LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. Martínez. **El nuevo servicio público**. Madri: Marcial Pons, 2004, p. 238. Em tom de crítica acerca do caráter discricionário da atuação administrativa, afirma Francisco Villar Rojas que o grau de discricionariedade nos requisitos exigidos para obter licenças e autorizações e o grau de oportunidade na concessão desses títulos são indícios claros de uma tendência de direção pública das atividades econômicas (o que, no ordenamento brasileiro, não é problemático no caso das autorizações regulatórias), mas, mais que isso, de uma “notável desconfiança sobre o mercado” (VILLAR ROJAS, Privatización... *op. cit.*, p. 216). O raciocínio é endossado por Martín-Retortillo Baquer (*apud* LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 77-78).

⁷⁸⁷ ALESSI, Principi... *op. cit.*, p. 387; GIANNINI, Diritto Amministrativo, *op. cit.*, p. 1099-1105; FORTI, Ugo. **Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano**. V. 2. Milão: Libreria, 1915, p. 757-758; ROMANO, Corso... *op. cit.*, p. 241-242; VIGNOCCHI, La natura giuridica... *op. cit.*, p. 111; dentre outros.

⁷⁸⁸ CAVALCANTI, Curso... *op. cit.*, p. 325.

⁷⁸⁹ TÁCITO, Direito Administrativo, *op. cit.*, p. 288.

⁷⁹⁰ LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 77-78.

⁷⁹¹ *Ibidem*, p. 78.

presta a “levantar a cancela” para a atuação de um particular em relação a uma atividade que pertence à sua esfera de titularidade (ou seja, há a preexistência do direito na esfera do particular). Reflexo disso é a existência de distinção (doutrinária) entre a “autorização” e a “licença”, sendo que o critério distintivo entre ambas repousa justamente na natureza discricionária da primeira e vinculada da segunda.

Ocorre que, conforme já se argumentou, não se enxerga qualquer utilidade na diferenciação (puramente doutrinária) entre as figuras da “licença” e da “autorização”. Ao que se entende, pode-se perfeitamente admitir que a autorização se configure tanto como ato discricionário como vinculado, sem que para isso haja necessidade de se criar uma categoria artificial denominada “licença” – contanto que, por óbvio, extraiam-se daí as consequências pertinentes quando se tratar de um ou de outro caso.

A crítica é endossada por Carlos Ari SUNDFELD que, ao tratar da diferença doutrinária estabelecida entre a autorização (discricionária, ampliativa da esfera jurídica dos particulares) e a licença (vinculada, apenas reconhece direito prévio), afirma tratar-se de modelo teórico que foi “concebido para um direito positivo muito mais simples do que o atualmente vigente”, e que, atualmente, “é fonte de mais equívocos que soluções”.⁷⁹² Igualmente, Alexandre ARAGÃO afirma que “a licença é uma espécie de autorização *lato sensu*”.⁷⁹³ Para o autor, o termo “autorização” não pode ser restringido a ponto de “compreender apenas a noção de ato discricionário, o que decorre inclusive da maleabilidade que a hermenêutica constitucional deve ter ao impor ao Legislador acepções de determinadas palavras utilizadas pelo Constituinte”.⁷⁹⁴

Leciona Almiro do COUTO E SILVA:

[...] a circunstância de a Constituição exigir licitação apenas nas hipóteses de concessão ou permissão não pode dar lugar ao entendimento de que, ao exarar ato de delegação de serviço público sob a forma de autorização, esteja a Administração Pública desobrigada da observância e do cumprimento do princípio da igualdade.⁷⁹⁵

⁷⁹² SUNDFELD, Direito Administrativo Ordenador, *op. cit.*, p. 46.

⁷⁹³ ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos... *op. cit.*, p. 209.

⁷⁹⁴ *Ibidem*, p. 212.

⁷⁹⁵ COUTO E SILVA, Privatização no Brasil... *op. cit.*, p. 465-466.

Assim, para o autor, a saída para se respeitar a isonomia em se tratando de outorga de autorizações nos moldes do art. 21 da CF é, exatamente, atribuir às autorizações a natureza de ato vinculado.

Trazendo à lume a legislação de telecomunicações acima citada, evidencia-se de plano sua limpidez ao atribuir às autorizações regulatórias caráter vinculado, e não discricionário. E não parece haver mal algum nisso, já que nem a Constituição nem a lei exigem que as autorizações detenham cunho discricionário: quem o faz é a doutrina, considerando a função por elas desempenhada e a discricionariedade conferida ao poder de polícia no Direito Administrativo do séc. XIX.

No campo das autorizações regulatórias, portanto, parece clara a atenuação – e, em alguns casos, até mesmo a total superação – da discricionariedade como elemento necessariamente configurador do ato autorizativo. Para além das disposições legais expressas, acima citadas, isso ocorre porque, como notou Vitor SCHIRATO, os incisos XI e XII do artigo 21 da CF preveem “atividades cujo exercício demanda altas montas de investimento, que não podem ficar sujeitas a intempéries da administração pública na avaliação da existência de conveniência e oportunidade de manutenção do ato”.⁷⁹⁶

Daí se conclui que a discricionariedade não mais pode ser vista como regra na definição das autorizações regulatórias: estas podem possuir tanto caráter discricionário quanto caráter vinculado, a depender do que previr (sem qualquer “pré-disposição”) a legislação que as instituir – sem que isso retire sua validade ou muito menos as convolem em instrumento jurídico diverso.

3.3. A autorização como ato precário

A precariedade é outro atributo conferido às autorizações administrativas por diversos autores que se debruçaram sobre o estudo do tema, como se discorreu acima. Imaginava-se que, por ser a autorização um ato unilateral e discricionário, meramente “receptício”, poderia a Administração revogá-la a qualquer tempo, até mesmo imotivadamente, sem qualquer direito à indenização por parte do particular. O caráter de precariedade das autorizações liga-se, novamente, ao próprio conceito de poder de polícia, que, na doutrina tradicional, não acarretaria dever indenizatório

⁷⁹⁶ SCHIRATO, Livre iniciativa... *op. cit.*, p.313.

algum caso fosse regularmente exercido.⁷⁹⁷ Esses fatores faziam com que apenas excepcionalmente se admitisse a possibilidade de indenização das autorizações.⁷⁹⁸

Faz-se mister, de início, delimitar o que se entende por “precário”. José CRETELLA JÚNIOR, após reconhecer a dubiedade do vocábulo, aduz que há uma “precariedade muito precária”, uma “precariedade mais ou menos precária” e uma “precariedade bem pouco precária”, de modo que “existem graus diversos de intensidade na utilização precária do bem público”, e que o atributo da precariedade em maior ou menor grau está presente em todos os institutos de outorga de direitos ao particular.⁷⁹⁹ Adiante, aduz que o sentido da palavra *precário* é o de *instável*, opondo-se ao *estável*, duradouro, contínuo, perpétuo. Daí conclui que a expressão “título precário” é empregada em dois sentidos: “por pouco tempo” e “revogável a qualquer tempo”.⁸⁰⁰ Nas palavras do autor:

Então, a *precariedade* tem de reunir os dois sentidos seguintes: a) *revogável a qualquer tempo*, por iniciativa da Administração, com ou sem indenização, e, nesse caso, tanto as *permissões* como as *concessões* são sempre *precárias*; b) *outorga para utilização privativa do bem público sem prazo fixo*, revogável, pois, sem indenização. Na segunda hipótese, incluem-se as *autorizações* e as *permissões*.⁸⁰¹

A seu turno, Carmen Lúcia ROCHA apresenta também dois significados possíveis para a expressão: (i) revogação unilateral e a qualquer tempo pela Administração; (ii) revogação sem direito à indenização;⁸⁰² ambos atribuídos às autorizações pela doutrina.⁸⁰³

O atributo da precariedade é merecedor de cuidados no campo das autorizações regulatórias, sobretudo por conta da natureza da atividade autorizada,

⁷⁹⁷ Entra em cena, aqui, a noção de sacrifício de direitos. Sobre o tema, cf.: FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 204-205.

⁷⁹⁸ Rolland menciona o caso das autorizações substituídas por concessões, as quais poderiam ser indenizadas (ROLLAND, Précis... *op. cit.*, p. 628).

⁷⁹⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Do Ato Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 121.

⁸⁰⁰ *Ibidem*, p. 134-136.

⁸⁰¹ *Ibidem*, p. 136-137.

⁸⁰² ROCHA, Estudo... *op. cit.*, p. 165.

⁸⁰³ A título de exemplo, Martín Mateo prefere a primeira concepção, ao passo que Desdentado Daroca reforça a segunda (*apud* LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 281-282). É por isso que o mesmo Martín Mateo prefere distinguir dois tipos de precariedade: de primeiro – revogação a qualquer tempo – e de segundo grau - revogação a qualquer tempo, sem indenização (*apud* LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 346). Não se está aqui a tratar, portanto, da noção civilista de “precário” enquanto possibilidade de uma pessoa intervir na situação jurídica de outra, ou seja, de legitimidade de atuação sobre uma situação com base numa posição que não se domina. Sobre o tema, cf.: VASCONCELOS, A Autorização... *op. cit.*, p. 128-133.

que muitas vezes (senão quase sempre) demanda altos investimentos por parte do particular. Surge nesse ponto a questão da amortização de investimentos (relacionada à temática do equilíbrio econômico-financeiro dos pactos), alvo de inúmeras polêmicas nas concessões e permissões de serviço público, que possuem caráter contratual e para as quais o ordenamento jurídico brasileiro expressamente endereça disposições específicas. No que atine às autorizações, considerando o remansoso entendimento da doutrina tradicional que lhes atribui um intrínseco caráter de precariedade, foram poucas as reflexões acerca do dever (entendido como inexistente) de se garantir a amortização de investimentos por parte do particular autorizado.

Com efeito, de pequenas centrais hidrelétricas e usinas eólicas a terminais portuários, passando por trens, ônibus, torres e cabos, é notável o volume de inversões que um privado detentor de uma autorização pode ter de realizar para efetivamente estar apto a explorar a atividade autorizada. E alto investimento, certamente, não combina com precariedade. Sustentar que o Estado não está obrigado a indenizar um privado pela não amortização de uma inversão financeira simplesmente porque a “autorização é ato discricionário e precário” é defender insegurança e autoritarismo jurídicos típicos do Estado Absoluto.

Reconhecendo os absurdos e abusos gerados pela não indenizabilidade das autorizações diante de perplexidades provocadas por algumas situações práticas, mesmo na doutrina tradicional algumas vozes já se levantavam contra a aplicabilidade indiscriminada da precariedade. A bem da verdade, mesmo em se tratando de autorização de polícia, não parece razoável que o Poder Público autorize um particular a empreender determinada atividade econômica e, tempos depois, sem mais nem menos, revogue dita autorização, sem que o particular tenha dado motivo para tanto, e sem direito à indenização. O que dizer então de autorizações para atuação de privados em setores econômicos infraestruturais, que demandam largo aporte de recursos?

Assim é que MARTÍN-RETORTILLO GONZÁLEZ, nos anos 50 do século passado, já denunciava a utilização da precariedade no Direito Administrativo, reputando-a como “mera rotina” ou “corruptela de linguagem”, uma “viciosa repetição

de fórmulas anacrônicas”.⁸⁰⁴ Para MARTÍN MATEO, igualmente, a precariedade consiste num conceito equívoco e perigoso que imuniza o poder.⁸⁰⁵

No direito alemão, informa Rolf STÖBER a possibilidade de a revogação de um ato expedido pela Administração engendrar direito de indenização face ao denominado “interesse negativo”, ou seja, a reparação de “danos de expectativa”.⁸⁰⁶

No Brasil, José CRETELLA JÚNIOR já notara, com precisão:

A tendência dos vários sistemas jurídicos é dar às permissões simples, *sem empresa*, uma outorga menos formal, mais precária, revogável *ad nutum*, ao passo que às *permissões qualificadas*, “com empresa”, uma outorga mais formal, menos precária, mais próxima da *concessão de uso*. Por quê? Por motivos econômicos. Quem investe grandes capitais no sentido de aparelhar do melhor modo possível o *bem público* para melhor utilizá-lo, privativamente, mas trazendo reais benefícios à coletividade, está realizando *serviço de utilidade pública*, que merece a garantia da continuidade no tempo.⁸⁰⁷

E prossegue:

O importante, a nosso ver, é o custo da empresa, das instalações, do aparelhamento, o vulto do capital investido. Permitir a instalação de um verdadeiro *fundo de comércio* [...] a título precário ou por prazo fixo, mediante o instituto de permissão de uso, ato unilateral e discricionário, e, depois, revogar a outorga sem indenização, imotivadamente, é desconhecer a realidade existente nas grandes cidades, é afastar, desde logo, os possíveis permissionários, temerosos de uma aventura econômica de largas proporções e sem garantias.⁸⁰⁸

Para o autor, as expressões “a título precário” e “precariedade” necessitam de urgente reformulação. No mesmo passo, o clássico Guimarães MENEGALE diferenciava as autorizações em “contratuais” e “não contratuais”, e afirmava que “a simples autorização não contratual tem precariedade”, ao passo que “a autorização sob contrato, dá origem a direitos imanentes à natureza mesma do contrato e que nele se estipulam”.⁸⁰⁹

⁸⁰⁴ *Apud* LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 233.

⁸⁰⁵ *Ibidem, idem*. Laguna de Paz contesta a absoluta aversão de ditos autores à precariedade, afirmando que não se pode assumir a postura extrema de rejeitar qualquer função positiva do precário no Direito Administrativo (*ibidem*, p. 234). Para o autor, o ponto chave é “encontrar o ponto de equilíbrio, que permita proteger adequadamente a posição jurídica do interessado, mas sem desvirtuar a função da cláusula de precário”; de modo que “a Administração não pode efetivar a cláusula de precário de maneira arbitrária ou caprichosa”, somente podendo utilizá-la – proporcionalmente – quando resulte necessário por razões de interesse geral (*ibidem*, p. 345).

⁸⁰⁶ STÖBER, Direito Administrativo... *op. cit.*, p. 490.

⁸⁰⁷ CRETELLA JÚNIOR, Do Ato... *op. cit.*, p. 142.

⁸⁰⁸ *Ibidem*, p. 144.

⁸⁰⁹ MENEGALE, Direito Administrativo... *op. cit.*, p. 90.

Insta asseverar que diplomas legais pretéritos já previam a possibilidade de indenização em caso de revogação ou não renovação de autorizações emanadas para a produção de energia elétrica, senão veja-se o que dispunha o Decreto n. 41.019, de 1957:

Art.114. Não sendo renovada a autorização, o Govêrno poderá: a) exigir o abandono, em seu proveito, e mediante prévia indenização em moeda corrente, das obras de barragens e complementares edificadas no leito do curso e sôbre as margens, se isto fôr julgado conveniente pelo mesmo Govêrno.

Disposições que tais, no entanto, eram exceção absoluta.

Imperioso consignar que uma tentativa de superação da precariedade em solo brasileiro corresponde à teorização acerca das “autorizações por prazo”, “autorizações condicionadas” ou “autorizações qualificadas”. Basicamente, faz-se uma distinção entre as autorizações emitidas sem qualquer prazo, que permaneceriam sendo precárias, e as autorizações em que a Administração confere ao particular um prazo determinado para a exploração da atividade: nestas, a precariedade seria mitigada em razão do fator tempo, e poderia ser superada em caso de desfazimento extemporâneo (e imotivado) do ato, engendrando direito à indenização ao particular. O raciocínio é idêntico àquele tecido por CRETELLA JÚNIOR, ao tratar das “permissões qualificadas”⁸¹⁰ ou “permissões de segundo grau”,⁸¹¹ de Hely Lopes MEIRELLES, ao abordar as “permissões condicionadas”,⁸¹² e de Meirelles TEIXEIRA, ao analisar as “permissões de caráter contratual”.⁸¹³

Assim, Miguel REALE, ao emitir parecer acerca de um caso específico, anotou que não se estava diante de uma “autorização a título precário, revogável a qualquer tempo, mas sim de *autorização* inserida no contexto de um *ato administrativo negocial*, no qual está fixado prazo certo de eficácia”.⁸¹⁴ Corroboram Maria Sylvia DI PIETRO:

Sendo a autorização, por definição, um ato precário, a rigor deve ser outorgada sem prazo, de tal forma que o Poder Público pode revoga-la, a

⁸¹⁰ CRETELLA JÚNIOR, Do Ato... *op. cit.*, p. 137-140.

⁸¹¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado do Domínio Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 69.

⁸¹² MEIRELLES, Direito Administrativo... 34.ed., *op. cit.*, p. 409.

⁸¹³ TEIXEIRA, J. H. Meirelles. Permissão e Concessão de Serviço público. **Revista de Direito Público**, n. 6, São Paulo, RT, out./dez. 1968, p. 100-134.

⁸¹⁴ REALE, Aplicações... *op. cit.*, p. 138. No direito francês, Waline explica uma categoria de permissões peculiares, de cunho quase contratual, no setor de energia elétrica (WALINE, Marcel. **Traité Elementaire de Droit Administratif**. 6.ed. Paris: Sirey, 1952, p. 529).

qualquer momento, sem direito à indenização; a fixação de prazo poderá investir o beneficiário em direito subjetivo oponível à Administração, consistente em perdas e danos, em caso de revogação extemporânea.⁸¹⁵

Noutra obra, aduz:

A fixação de prazo, em muitos casos, tira à autorização o caráter de precariedade que permite à Administração utilizar-se da faculdade de revogação, “ad nutum”, do ato de outorga. Na autorização qualificada, confere-se ao uso privativo certo grau de estabilidade, uma vez que se vincula a Administração à obediência do prazo por ela mesmo estabelecido, e cria-se, para o particular, direito público subjetivo ao exercício da utilização até o termo final previamente fixado; em consequência, se razões de interesse público obrigarem à revogação extemporânea [...] ficará o Poder Público sujeito ao pagamento de importância correspondente à diminuição patrimonial sofrida pelo usuário, em decorrência do sacrifício de seu direito.⁸¹⁶

Floriano de Azevedo MARQUES NETO, versando sobre as autorizações de uso de bem público emitidas com prazo de vigência (que denomina de “autorizações qualificadas”), afirma que “a precariedade cede lugar a alguma estabilidade do vínculo com o particular, pois o aprazamento confere ao autorizado o direito de ver mantido o uso privativo por certo tempo”.⁸¹⁷ No entanto, afirma o mesmo autor que “a precariedade não é antípoda à fixação de prazo para a autorização”, na medida em que, mesmo com prazo, pode ser prevista cláusula de precariedade no vínculo que permita o Estado revogar a autorização a qualquer tempo, no entanto, “indenizando os prejuízos do particular”.⁸¹⁸ Em sentido semelhante, colhe-se de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO que “a precariedade importa na completa inexistência de direitos subjetivos dos autorizados à manutenção do vínculo, mesmo que o ato haja sido clausulado a termo”, no entanto, neste último caso, “caberiam perdas e danos em favor do parceiro, por uma *revogação antecipada*”.⁸¹⁹

Em que pese tal postura, fato é que *independentemente da previsão ou não de um prazo* no momento de expedição do ato de outorga, é difícil enxergar nas autorizações regulatórias um caráter de precariedade tal qual concebido para as autorizações tradicionais. Ao contrário, pensadas para atividades que envolvem grandes investimentos (imaginem-se, a título de exemplificação, as autorizações para

⁸¹⁵ DI PIETRO, Parcerias... *op. cit.*, p. 153.

⁸¹⁶ DI PIETRO, Direito Administrativo, *op. cit.*, p. 546.

⁸¹⁷ MARQUES NETO, Bens Públicos... *op. cit.*, p. 338.

⁸¹⁸ *Ibidem*, *idem*.

⁸¹⁹ MOREIRA NETO, Curso... *op. cit.*, p. 312.

construção de pequenas centrais hidrelétricas, ou de usinas térmicas, ou de terminais portuários), referidas autorizações, ainda que celebradas sem prazo, devem perdurar, *no mínimo*, por um período de tempo necessário à amortização dos investimentos realizados – caso contrário, tornar-se-ão instrumentos de doação de recursos privados para serviços de interesse público. Nessa medida, sustenta-se que a revogação/cassação das autorizações regulatórias, mesmo quando celebradas sem prazo, deverá ser indenizada se operada antes do período necessário (devidamente comprovado pelo autorizatário) para amortização do capital investido.

Detido estudo acerca da impertinência de se atribuir a precariedade como regra às autorizações advém do multicitado LAGUNA DE PAZ. Para referido autor, a inclusão de cláusulas de precário, prática administrativa comum de aplicação indiscriminada, possui o único propósito de “conseguir que a Administração tenha a todo momento as mãos livres para modificar ou inclusive revogar a autorização, sem indenização”.⁸²⁰ Reflete que, dogmaticamente, não há inconveniente em admitir a sujeição da autorização a limites temporais, desde que se disponha um prazo suficiente para a realização da atividade, haja vista que a previsão de prazos exíguos “converteria a autorização em um título inseguro, incompatível com a estabilidade que reclama a maior parte das iniciativas, que comportam inversões e se desenvolvem ao longo do tempo”.⁸²¹ Esse argumento é reforçado adiante, ao preconizar a inconveniência da generalização da precariedade nas autorizações, tornando-as incertas e instáveis e, por isso mesmo, “incompatíveis com a segurança que reclamam as custosas inversões que fazem possível a realização de múltiplas atividades de interesse geral”.⁸²²

Daí que a autorização somente será precária, para LAGUNA DE PAZ, (i) quando dispuser a lei; (ii) quando for assim declarada pelo título habilitante; ou (iii) quando se desprenda inequivocamente das circunstâncias de fato.⁸²³ Com apoio em Velasco e Desdentado, reflete que as autorizações “a precário” não são atos de pura tolerância, e sim “habilitações administrativas cuja eventual retirada se prevê já no próprio título”, de sorte que conferem direitos subjetivos, ainda que limitados, consolidando a posição jurídica de seu titular, sendo função própria do ato a

⁸²⁰ LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 233.

⁸²¹ *Ibidem*, p. 79.

⁸²² *Ibidem*, p. 154.

⁸²³ *Ibidem*, p. 151.

salvaguarda da estabilidade das relações jurídicas entre a Administração e os cidadãos.⁸²⁴ No pensamento do autor, destarte, as cláusulas de precário não se justificam quando “simplesmente respondam a um intento de fortalecer a posição jurídica da Administração e, por conseguinte, de debilitar o particular, a que em muitos casos se busca privar de toda indenização”.⁸²⁵ Assim, não se pode admitir a inserção de “genéricas reservas de revogação em atos que configurem situações jurídicas com vocação à estabilidade”, bem como devem “excluir-se reservas de revogação em branco”, genéricas.⁸²⁶

Ademais, e aqui está um ponto importante, a precariedade da autorização pode resultar, para o autor, incompatível ou inconveniente com a atividade a ser realizada: no caso dos serviços públicos, com apoio em Sainz Moreno, reflete que a precariedade absoluta da autorização pode lesar não apenas o legítimo interesse patrimonial da empresa, como também o próprio interesse público a que serve. Fora dos serviços públicos, a precariedade também pode ser incompatível com a função econômica da atividade autorizada, que, em decorrência dos investimentos requeridos, pode exigir uma garantia de estabilidade no título. De tudo isso conclui LAGUNA DE PAZ ser injustificada a generalização da precariedade administrativa, que pode resultar inclusive inconveniente para o interesse geral. Assim, as cláusulas de precário devem ser aceitas de forma muito restrita, apenas sendo admissíveis “quando sua inclusão esteja devidamente justificada por razões de interesse público, sendo necessária e proporcional”.⁸²⁷

⁸²⁴ *Ibidem*, p. 162; 344-345.

⁸²⁵ No que concerne à indenização do particular, pondera o autor: “Com frequência, o interessado se vê forçado a adaptar sua atividade ou a realizar específicas inversões para atender às exigências impostas pela Administração. Tudo isso era uma situação patrimonial juridicamente protegida. [...] A existência ou não de uma lesão patrimonial deverá decidir-se em cada caso concreto, em função do tempo transcorrido e das circunstâncias concorrentes”. (*Ibidem*, p. 265). Assim, enquanto em alguns casos a revogação da autorização pode ser realizada sem direito à indenização, em outros, “a revogação entra uma operação materialmente expropriatória, que deve ser economicamente compensada”. Analisando a jurisprudência espanhola, afirma que essa tende a majoritariamente conferir às autorizações o caráter de precariedade, no entanto, em alguma ocasião, já declarou que “a entrada em jogo da cláusula de precário não elimina a obrigação administrativa de indenizar” (*ibidem*, p. 346-348).

⁸²⁶ *Ibidem*, p. 235-236.

⁸²⁷ *Ibidem*, p. 236. Deve-se notar, portanto, que o autor não concebe a autorização administrativa como ato necessariamente precário (em verdade, em sua visão, sua precariedade é até excepcional, e bastante delimitada), mesmo que parta da premissa de que a atividade autorizada é sempre e invariavelmente uma atividade privada e que, portanto, sejam desenvolvidas sob o “princípio do risco e ventura”, sem qualquer equilíbrio econômico a proteger, exceto a necessária compensação econômica no caso das “obrigações de serviço público” (*ibidem*, p. 271-272).

Em sentido semelhante, ao versar acerca das “obrigações de serviço público”, José LÓPEZ-MUÑIZ chamou atenção para a necessidade de distinguir “obrigações gerais”, não indenizáveis (próprias da clássica ordenação de polícia) das “obrigações especiais”, indenizáveis, as quais, por implicarem prestações deficitárias, têm evidente “natureza ablatória”, e, portanto, “demandam uma justa compensação”.⁸²⁸

Tratando das autorizações dominiais (de uso de bem público), MORELL OCAÑA se opõe à sua compreensão como atos discricionários e precários, reagindo face à consideração de ditas autorizações como “atos de tolerância”. Para o autor, a autorização administrativa não possui como caráter geral as notas de discricionariedade e revogabilidade que às vezes se lhes atribuem.⁸²⁹

Em sentido semelhante, versando também sobre a licença de serviços públicos, CASSAGNE afirma que “de nada valeriam os fins do bem comum que se perseguem se as normas que se projetam não proporcionem um marco que assegure a estabilidade dos importantes investimentos levados a cabo e a manutenção das regras do jogo”.⁸³⁰ Jorge SALOMONI traz o feliz exemplo do Decreto argentino n. 92/97, versando sobre as tarifas telefônicas, em que consta o “direito de todo licenciado de serviços públicos à manutenção da equação econômico-financeira do contrato”.⁸³¹ Tal diploma retrata com perfeição a tendência do ordenamento argentino, apresentada por Augustín GORDILLO:

Enquanto alguns autores enunciaram como uma característica do ato administrativo sua revogabilidade, no sentido de que a Administração poderia a todo momento e sem limitação torna-lo sem efeito, o direito administrativo argentino evoluiu em sentido inverso, a ponto tal que em seu estado atual, consideramos que pode assinalar-se precisamente uma característica inversa para o ato administrativo: sua estabilidade.⁸³²

Para Vasco Pereira da SILVA, a prática de um ato administrativo que o autor denomina “ato favorável”, constitutivo de direitos, “[...] ao conferir uma posição de vantagem, permite ao particular confiar na palavra dada pela Administração, que não

⁸²⁸ LÓPEZ-MUÑIZ, Introducción... *op. cit.*, p. 276.

⁸²⁹ MORELL OCAÑA, L. **Curso de Derecho Administrativo**. 4.ed. T. I. Pamplona: Aranzadi, 1998, p. 562.

⁸³⁰ CASSAGNE, La estabilidad de los derechos patrimoniales emergentes de la concesión y/o licencia de servicio público. *In*: CASSAGNE, ARIÑO ORTIZ, Servicios Públicos, regulación y renegociación, *op. cit.*, p. 174.

⁸³¹ SALOMONI, Teoría General... *op. cit.*, p. 352, nota de rodapé.

⁸³² GORDILLO, Tratado... *op. cit.*, p. IV-1.

deve mais ser alterada ou revogada, ou que não o deve ser de qualquer maneira”.⁸³³ Os atos administrativos favoráveis “jogam sobretudo a favor dos particulares, cujas posições jurídicas gozam, a partir do momento da sua emissão, de uma clareza, estabilidade e segurança de que não gozavam anteriormente”. Nesse quadro, o ato administrativo deve ser pensado enquanto “instrumento funcionalmente ligado à criação de clareza e previsibilidade relativamente ao desenvolvimento futuro das relações jurídicas administrativas”.⁸³⁴

Gilles GUGLIELMI, após constatar que a jurisprudência francesa, via de regra, atribui às autorizações a revogabilidade unilateral sem indenização, insere importante exceção:

A indenização será devida nos casos ou de instalações realizadas com aprovação da autoridade administrativa que não tenham sido amortizadas, ou naqueles que versem sobre o domínio, ou ainda se a indenização estiver expressamente previstas no ato de autorização inicial.⁸³⁵

Em solo nacional, efervesce doutrina que critica a tradicional concepção da precariedade nos vínculos da Administração Pública com os particulares.

Ao analisar a figura da permissão de serviços públicos, Fernando Dias Menezes de ALMEIDA conclui que a dita “precariedade” refere-se ao atributo da revogabilidade unilateral pela Administração, mas “não haveria de se cogitar que precariedade implicasse ausência de prazo de duração [...] ou ausência de indenização”, na medida em que tais características seriam contraditórias à “finalidade de se querer atrair o investimento privado”. Na prática, portanto, a “precariedade” ganha contornos, apenas, de “provisoriedade”, nada além disso.⁸³⁶ Adiante, ligando a ausência de precariedade ao fenômeno convencional, anota que “no contexto contemporâneo de aumento das relações convencionais da Administração, verifica-se um certo deslocamento na compreensão da confiança”, que deixa a ênfase no Poder Público e passa a preconizar a proteção de ambas as

⁸³³ SILVA, Em busca... *op. cit.*, p. 459.

⁸³⁴ *Ibidem*, p. 460-461.

⁸³⁵ GUGLIELMI, Introduction... *op. cit.*, p. 158. É por isso que Marcello Caetano salienta a importância da fixação de prazo na exploração de serviços públicos, em função do tempo necessário para a amortização do capital investido pelo particular (CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. 7.ed. T. I. Coimbra: Almedina, 1965, p. 570).

⁸³⁶ ALMEIDA, Contrato... *op. cit.*, p. 266.

partes, depurando-se os elementos autoritários em prol de princípios como o da estabilidade contratual.⁸³⁷

Também debruçado sobre a figura da permissão, tradicionalmente encarada como ato precário, afirma Egon Bockmann MOREIRA que a dita “precariedade” do vínculo não pode implicar desobediência ao devido processo legal no desfazimento do contrato. Nas palavras do autor, do fato de a lei estabelecer a instabilidade contratual “não decorre a autorização para o rompimento instantâneo do vínculo, como se fossem desprezáveis os esforços (pessoais e econômicos) realizado pelo permissionário e sua expectativa de ganhos”. Diante disso, o fato de a permissão ser “precária” não significa que “a Administração possa fazer, modificar e desfazer o vínculo a seu livre talante, sem qualquer respeito ao direito ao equilíbrio econômico-financeiro da avença e aos lucros cessantes e lucros emergentes do permissionário”.⁸³⁸

Carmen Lúcia Antunes ROCHA, ainda no que toca à permissão, constata que, ao arrempio de sua definição doutrinária, “na prática administrativa a permissão não era tida como ato administrativo unilateral, discricionário e precário”, porquanto a atuação dos tribunais pátrios “não deixava a descoberto [...] direitos que nasciam para os permissionários da prestação de serviço público, nem os considerava submetidos ao exclusivo nuto dos administradores públicos”.⁸³⁹ Assim, para a autora, a “precariedade” não pode significar a possibilidade de plena e absoluta competência da Administração para a rescisão imotivada, unilateral e sem limites; nem para deixar o particular desamparado – quer em face de terceiros, quer em face da pessoa pública, perante a qual o particular pode “arguir e fazer valer os seus direitos nascidos e havidos na constância do vínculo aperfeiçoado”.⁸⁴⁰ Remata

Com efeito, não seria ponderável que uma atividade, para cujo desempenho se exige alto investimento, pudesse submeter-se a tal característica, o que contrariaria não só a finalidade e os atributos do serviço público objeto da prestação, como também objetaria a própria razão de ser do Direito, a de dar segurança a todos.⁸⁴¹

⁸³⁷ *Ibidem*, p. 376.

⁸³⁸ MOREIRA, Direito das Concessões... *op. cit.*, p. 166-167.

⁸³⁹ ROCHA, Estudo... *op. cit.*, p. 148.

⁸⁴⁰ *Ibidem*, p. 166-167.

⁸⁴¹ *Ibidem*, p. 166.

Acerca da figura da permissão, é relevante considerar a existência de posicionamentos antigos do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário à sua necessária precariedade, a exemplo do Recurso de Mandado de Segurança n. 18.787-SP, DJ 25/04/1969. O Superior Tribunal de Justiça, igualmente, já manifestou entendimento semelhante, no Mandado de Segurança n. 5431-DF, DJ 17/05/1999; RMS 10.123, DJU 27/09/1999.

A temática exposta foi enfrentada de forma ímpar por Juarez FREITAS. Para referido doutrinador, há “enormes desvantagens na reinante precariedade exacerbada nas relações de administração, ecos da cultura associada ao paradigma do Direito Administrativo ‘governativo’ e patrimonialista, típico de outros séculos”.⁸⁴² Segundo o autor, deve-se realizar uma releitura de institutos e conceitos que, classicamente associados à discricionariedade, “produzem a falsa ideia de que são intocáveis”. Um dos exemplos de tais institutos citados por FREITAS é, justamente, o das autorizações administrativas “de serviço público”, às quais, em algum lugar no século XIX, por simples “comodidade classificatória” em nome de uma “artificial unidade do conceito”, foi atribuído “o status de ato administrativo precário”.⁸⁴³

De acordo com FREITAS, “a presente reformulação conceitual e legislativa dos serviços públicos brasileiros produz vasto conjunto de situações em que não se pode mais cogitar da precariedade, nos moldes de outrora”, visto que tal precariedade foi reduzida face à exigência de motivação, num claro avanço rumo à consensualidade e à segurança jurídica. Não que a precariedade tenha sido suprimida, mas foi reduzida em face da exigência de motivação do ato.⁸⁴⁴ E prossegue, afirmando ser

[...] impossível deixar de reconhecer, até pelo exame no plano das regras, a natureza não-precária (ou melhor, não-precária como antes) das autorizações administrativas de serviços públicos. Em outras palavras, tudo leva a crer que as autorizações de serviços públicos não podem mais ser vistas e controladas fora dos parâmetros exigidos pela noção da menor precariedade possível. [...] Por conta de seguro e benfazejo nexos, os autorizatórios foram, desse modo, investidos não só de obrigações, mas, como não poderia deixar de ser, de direitos e garantias que, nos limites constitutivos do pacto, criam halo de relativa inviolabilidade em torno das cláusulas essenciais viabilizadoras do empreendimento. E impedem súbitas e desmotivadas revogações sem direito à indenização, em face dos efeitos constitutivos inegáveis. Por tudo, já não se deve sustentar a possibilidade de revogação puramente discricionária da autorização [...] além de

⁸⁴² FREITAS, Direito fundamental... *op. cit.*, p. 315.

⁸⁴³ *Ibidem*, 317.

⁸⁴⁴ *Ibidem*, p. 320-321.

evidenciar os efeitos constitutivos relevantes desse ato discricionário, o criterioso exame do instituto presta-se, de maneira vívida, para recomendar um aprofundamento da sindicabilidade.⁸⁴⁵

O mesmo autor faz interessante ligação do caráter contratual da autorização com a ausência de precariedade, afirmando que quando o legislador mencionou ser a autorização formalizada por contrato de adesão, não desejou “realizar simples trabalho nominal, mas realçar que, algo ‘contratualizada’ e despida da precariedade excessiva, ela produz efeitos vocacionados à estabilidade”.⁸⁴⁶

Em outra ocasião, firma a importância da segurança jurídica e da estabilidade na órbita do Direito Administrativo Econômico, sendo que, na área da regulação dos serviços públicos, deve-se resguardar um grau razoável de previsibilidade e de continuidade das expectativas, estabilizando as relações no futuro.⁸⁴⁷ Anota que num passado recente do Direito Administrativo, tanto a permissão como a autorização de serviços públicos eram definidas como “meros atos administrativos negociais, ambos discricionários e precários, com a principal diferença de que o segundo apresentava maior instabilidade que o primeiro”. Esta concepção, que remonta ao Século XIX, é “reflexo correlato dos excessivos poderes discricionários e unilaterais do Estado”, sendo reminiscência de um passado ainda latente e que constitui “precedente expressivo da involuntária força condicionante de algumas rotinas, que felizmente estão sendo alteradas”.⁸⁴⁸

Em sua visão, a superação do modelo “napoleônico” da precariedade principiou quando constituinte e legislador ordinário perceberam que “quanto maior a estabilidade dos liames negociais entre Estado e particulares (permissionários e autorizatórios), tanto menor se mostrava o risco de lesão à impessoalidade e à moralidade administrativas”. Afirma o autor que, pouco a pouco, a experiência demonstrou que a precariedade dos atos administrativos conspira contra o interesse público, na medida em que se converte em eterna fonte de litígios.⁸⁴⁹ E conclui:

O que se nota é que o regime de delegação de serviços públicos vem exigindo de seus delegatários investimentos de vulto cuja amortização e viabilidade pressupõem, logicamente, “fórmula jurídica consentânea com a

⁸⁴⁵ *Ibidem*, p. 322.

⁸⁴⁶ *Ibidem*, *idem*.

⁸⁴⁷ FREITAS, Juarez. Parecer. **Revista Interesse Público**, ano 5, n. 20, Porto Alegre, jul./ago. 2003, p. 89-90.

⁸⁴⁸ *Ibidem*, p. 92.

⁸⁴⁹ *Ibidem*, p. 93.

menor precariedade das relações de administração”. Como em outros pactos semelhantes, a transferência aos particulares da prestação de serviços públicos cada vez mais complexos e dispendiosos não pode conviver com caprichos, tampouco com unilateralismos onerosos e discricionários.⁸⁵⁰

Assim, para FREITAS, as autorizações administrativas, “agora contratualizadas e já sem a precariedade excessiva de antes, [...] produzem efeitos jurídicos dotados de plena estabilidade”.⁸⁵¹

Considerando a realidade econômica dos setores regulados mencionados no art. 21 da CF/88, é certo Alexandre ARAGÃO em relatar que a limitação conceitual das autorizações é “meio inadequado ao alcance dos objetivos do marco regulatório da maior parte dos setores da economia em que é utilizada”, que dependem da atração de capitais, setores em que se faz, portanto, “imprescindível um nível satisfatório de segurança jurídica, ainda mais se considerarmos os elevados investimentos que esses setores demandam”.⁸⁵² Daí afirmar que não é pela mera invocação de sua “precariedade” que um ato pode ser “extinto sem uma justificativa equitativa e proporcional, que respeite as eventuais justas expectativas do particular e os investimentos por ele porventura já realizados”.⁸⁵³ Em outro estudo, sustenta que, por inexistir uma configuração constitucional do instituto da autorização, “nada impede que o Legislador lhe atribua caráter vinculado e não precário, como o fez na Lei Geral de Telecomunicações e na Lei do Petróleo”. Por isso, conclui que “as autorizações precárias são próprias apenas das atividades que exigem baixos investimentos e que podem ser encerradas a qualquer tempo sem maiores prejuízos”.⁸⁵⁴

É idêntica a constatação de Vitor SCHIRATO, sopesando que as atividades que a Constituição arrola como passíveis de autorização “demandam altíssimas

⁸⁵⁰ *Ibidem, idem*. O autor aplica o raciocínio para as autorizações do setor portuário (terminais privativos), afirmando que “só o modelo não-precário da nova autorização-contrato poderia viabilizá-los”, visto que “nenhuma empresa investiria milhões e milhões de reais sem salvaguardas mínimas. Quando se trata de grandes inversões de capital, ambientes adversamente aleatórios tornam-se inaceitáveis. Para o investidor, ao precário e ao discricionário falta-lhes o *mínimo minimorum*: a previsibilidade” (*Ibidem*, p. 96).

⁸⁵¹ *Ibidem*, p. 95.

⁸⁵² ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos... *op. cit.*, p. 210.

⁸⁵³ *Ibidem*, p. 214.

⁸⁵⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As concessões e autorizações petrolíferas e o poder normativo da ANP. **Revista de Direito Administrativo**, n. 228, Rio de Janeiro, abr./jun. 2002, p. 259, nota de rodapé.

montas de investimento, o que é por completo incongruente com um regime de precariedade”.⁸⁵⁵ Noutro estudo, reforça:

As autorizações passaram, dentre outras finalidades, a ser instrumento de outorga de direito de exploração de atividades desenvolvidas no mesmo campo de serviços públicos, que exigem grandes montas de recursos [...]. A discricionariedade e a precariedade deixaram de ser compatíveis com as autorizações, em face do novo papel desempenhado por essas no Direito brasileiro.⁸⁵⁶

Aponta Floriano MARQUES NETO:

Analisando estes marcos legais e constitucionais, verifica-se que nada há em lei ou na Constituição que determine ser autorização necessariamente precária e vulnerável. [...] O que prediz a maior ou menor precariedade ou fragilidade de uma autorização não é o fato de não ser ela uma concessão ou de parte da doutrina vir repetindo, inadvertidamente, ao longo do tempo, que autorização é “discricionária, precária ou instável”. Se a autorização for conferida com prazo certo, compromissos de investimento, obrigações para o particular, cláusulas de reversão e indenização, procedimentos para sua extinção, etc. [...], restará esvaziada a aludida fragilidade do instituto.⁸⁵⁷

Para o autor, nenhum sentido há em dizer que a autorização fragilizaria o empreendimento, o que é confirmado quando analisa o setor elétrico e verifica que a legislação “previu alguma estabilidade jurídica ao particular”, em razão dos vultosos investimentos realizados para explorar o potencial de geração de energia. Reconhece MARQUES NETO, destarte, que “o regime de autorização de uso de potenciais hidroenergéticos para fins de geração de energia recebeu, nos marcos legais do setor elétrico, um tratamento discrepante da precariedade que lhe era conferida pela doutrina”, podendo o particular autorizado receber indenização por investimentos não amortizados.⁸⁵⁸

Carlos Ari SUNDFELD tece caras ponderações, que merecem ser integralmente citadas, em que pese sua extensão:

⁸⁵⁵ SCHIRATO, Livre iniciativa... *op. cit.*, p. 314. Noutra oportunidade, pondera ser inconcebível “a existência de ato precário quando seu objeto versa sobre a realização de investimentos de altíssimas montas, cuja amortização, por óbvio, demanda longo período de tempo”. Por isso conclui, no que toca às autorizações portuárias, que estas não são atos precários (SCHIRATO, A experiência... *op. cit.*, p. 184-185).

⁸⁵⁶ SCHIRATO, A exigência... *op. cit.*, p. 185.

⁸⁵⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regime jurídico dos bens públicos empregados na geração de energia. In: **Revista de Direito Administrativo**, n. 232, Rio de Janeiro, abr./ jun. 2003, p. 345.

⁸⁵⁸ *Ibidem*, p. 343.

Alguns livros nacionais de Direito Administrativo insistem em definir a autorização como necessariamente precária, sujeita à revogação discricionária. [...] É inevitável, quanto ao problema, registrar que a doutrina do Direito Administrativo Brasileiro fascinou-se com seus próprios equívocos. É que a autorização jamais esteve ligada, na Constituição, à ideia de instrumento necessariamente precário. As referências constitucionais a ela sempre foram neutras, não contendo a indicação de seu regime jurídico quanto ao ponto. A ideia de precariedade como sinônimo de autorização também não tem fundamento no Direito Comparado, no qual se registra um histórico multifacetário em torno dessa expressão. Mesmo o Direito Positivo legislado é rico e complexo. Desde tempos imemoriais, na legislação, há autorização precária para uma série de atividades [...]. Mas também há autorização com o significado de outorga estável. Em suma, a autorização terá ou não a nota da precariedade segundo o que houver disposto a lei. Doutrina não é lei, como se sabe.⁸⁵⁹

Especificamente quanto ao setor do petróleo (em raciocínio válido para os serviços descritos no art. 21 da CF), analisa que “se não há garantia de estabilidade e permanência, não poderá, por via de consequência, existir liberdade de iniciativa e livre competição”, de sorte que a pretensão de submeter os autorizatários ao regime de instabilidade se afigura incompatível com a política regulatória setorial.⁸⁶⁰ Versando também sobre o setor petrolífero, afirma Alexandre ARAGÃO que as autorizações petrolíferas “só poderão ser realmente precárias se a atividade por sua própria natureza puder ser encerrada sem maiores prejuízos para o agente econômico, hipótese, há de se notar, bastante rara na indústria do petróleo”.⁸⁶¹

Tendo por supedâneo o aporte teórico acima colacionado, cumpre notar que as atuais legislações setoriais, ao preverem procedimentos de extinção das autorizações (vide, v.g., a Lei n. 9.472/96, nos artigos 138 a 144, e a Lei n. 10.233/01, em seu art. 43,) não conferem um “cheque em branco” à autoridade responsável, prevendo a possibilidade de extinção imotivada da autorização por “razões de interesse público”, “a bem do serviço público” e demais expressões genéricas que possam sinalizar uma discricionariedade ampla. Mais que isso, a legislação não menciona em momento algum como regra a ausência do dever de indenizar o particular em caso de extinção da autorização.

Assim, conforme anota Sara Jane de FARIAS, a ausência de precariedade plena pode ser, afinal, ligada ao caráter vinculado que, muitas vezes, é conferido às autorizações pela novel legislação, visto que, com relação às autorizações vinculadas “não há que se falar em revogação”, e sim em extinção por “cassação,

⁸⁵⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Regime jurídico do setor petrolífero... *op. cit.*, p. 394.

⁸⁶⁰ *Ibidem*, p. 394-395.

⁸⁶¹ ARAGÃO, As concessões e autorizações petrolíferas... *op. cit.*, p. 260.

caducidade, decaimento, renúncia ou anulação”, conforme a lei.⁸⁶² O que importa é, repise-se, analisar a forma pela qual o ordenamento jurídico apreendeu referida figura, eis que uma outorga unilateral não precisa ser necessariamente precária, “uma vez que o legislador pode optar pela estabilidade das relações”.⁸⁶³

Infelizmente o Judiciário brasileiro, demasiadamente arraigado à doutrina tradicional das autorizações administrativas, ainda não se deu conta da inadequação de adotar a “regra da precariedade” para toda e qualquer situação que envolva a técnica autorizatória. Por conta disso, continua reprisando, com poucas e raras alterações, o entendimento tradicional prevalecente na doutrina, e assim atribuindo à autorização, encarada como categoria unitária, o atributo (quase dogma) da precariedade.

Do Supremo Tribunal Federal, extrai-se:

CONSTITUCIONAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. Pedido de autorização para operar distribuição de sinais de televisão a cabo. Supremacia do interesse público sobre o privado. Autorização. Ato de natureza precária. Necessidade de preenchimento de requisitos objetivos e subjetivos (conveniência e oportunidade). Ausência de direito subjetivo da recorrente. Recurso a que se nega provimento.⁸⁶⁴

O Superior Tribunal de Justiça caminha *pari passu*:

ROMS. ATO ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE PÚBLICO. AUTORIZAÇÃO. NATUREZA PRECÁRIA E DISCRICIONÁRIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. I - A autorização é ato unilateral da Administração Pública, de natureza discricionária e precária, por meio da qual esta consente na prática de determinada atividade individual incidente sobre um bem público. II - Cabe ao Poder Público decidir discricionariamente sobre a conveniência ou não da revogação do ato autorizado. Não há qualquer direito subjetivo à obtenção ou à continuidade da autorização uma vez que o interesse público se sobrepõe ao interesse particular. III - Recurso improvido.⁸⁶⁵

Num caso excepcional, o STJ admitiu a continuidade da prestação de serviços por autorizada do setor de transportes. No entanto, isso não se deu em razão de um suposto afastamento do critério de precariedade, e sim porque a

⁸⁶² FARIAS, Regulação jurídica... *op. cit.*, p. 169.

⁸⁶³ *Ibidem*, p. 38. A autora retoma o caráter da estabilidade de ditas autorizações adiante (*ibidem*, p. 69).

⁸⁶⁴ RMS 22665, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 14/03/2006, DJ 04-08-2006 PP-00078 EMENT VOL-02240-01 PP-00189 LEXSTF v. 28, n. 333, 2006, p. 144-159.

⁸⁶⁵ STJ - RMS: 5159 RJ 1994/0038278-2, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 03/09/2001, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 15.10.2001 p. 252.

empresa em questão, prestadora do serviço há mais de vinte anos, havia vencido o certame licitatório instaurado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL AINDA NÃO AUTUADO NO STJ. EXPLORAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE PASSAGEIROS. AUTORIZAÇÃO CONCEDIDA HÁ MAIS DE VINTE ANOS. PERMISSÃO PARA QUE A EMPRESA PERMANEÇA OPERANDO ATÉ A REALIZAÇÃO DA LICITAÇÃO DAS LINHAS. PERIGO DA DEMORA E FUMAÇA DO BOM DIREITO NÃO EVIDENCIADOS. MEDIDA CAUTELAR A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. ART. 34, XVIII, DO RISTJ.

[...]

2. Ao que parece, o Tribunal a quo, ao deferir a tutela recursal em desfavor da ora agravante, fê-lo com supedâneo na prova constante dos autos, concluindo que a empresa agravada detém autorização dos órgãos competentes para a exploração do serviço de transporte interestadual de passageiros até a realização de regular certame, bem como que essa autorização visa assegurar a continuidade de serviço essencial para a comunidade. Logo, não há fumus boni iuris, dado que o exame da pretensão deduzida no especial provavelmente encontra óbice no verbete n. 7 da Súmula desta Corte.

3. Ainda que assim não fosse, não há dúvida de que a requerente é vencedora da licitação para o trecho Palmas/TO - Fortaleza/CE. Entretanto, verifica-se que o acórdão de origem deferiu à requerida a continuidade do serviço de transporte de passageiros que presta, de forma precária, há mais de vinte anos, até o advento de licitação no respectivo trecho, sem, contudo, informar qual seria esse trecho.

Sendo assim, não há como se constatar a ocorrência da alegada sobreposição de linhas. E, ainda que se considere, como alega a requerente, que a exploração permitida à requerida refere-se ao Osasco/SP - Natal/RN, não há como se saber se os percursos/itinerários coincidem, a ponto de prejudicar a requerente.

4. Ademais, consoante asseverou a decisão agravada, não se vislumbra risco de dano irreparável ou de difícil reparação para a requerente, uma vez que não se encontra impedida de operar nas linhas que lhe foram concedidas. Em verdade, parece haver, na espécie, possibilidade de periculum in mora às avessas, já que a concessão do efeito suspensivo ora pretendido acarretaria a paralisação do serviço público de transporte de passageiros já realizado pela empresa requerida há longos anos em razão de autorização concedida pelo extinto DNER, conforme consignado no acórdão recorrido.

5. Agravo regimental não provido.⁸⁶⁶

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, igualmente, consignou:

ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. DECRETO 952/93. AUTORIZAÇÃO. A autorização é ato administrativo discricionário e precário, não havendo que se falar em direito subjetivo da parte à sua obtenção ou continuidade. Os transportes coletivos têm a natureza de serviço público, sendo obrigatória a licitação para exploração de linhas, quer sob a forma de permissão quer sob a de concessão, nos termos do art. 175 da Lei Maior. O artigo 94, do Decreto 952/93, que previa a continuidade das autorizações concedidas sob a égide

⁸⁶⁶ AgRg na MC 17.078/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 26/10/2010.

de disposições legais e regulamentares anteriores, ressaltou ao Ministério dos Transportes a sua adaptação ao novo texto. Todavia, não subsistindo a figura do serviço complementar de viagens residuais, prevista no revogado Decreto 92.353/86, e para a qual a autorização foi conferida, inviável a adaptação, sob pena de fraudar-se a Constituição Federal e a lei, que exigem, para a espécie, efetiva permissão, precedida de licitação. Apelação desprovida. Sentença mantida.⁸⁶⁷

Embora o cenário atual não seja animador, não se pode perder a esperança de que uma hermenêutica da legislação setorial mais ajustada ao texto constitucional, conforme se propõe, reverta em breve referida orientação, exatamente nos moldes do que vem ocorrendo com a figura da permissão.

Sublinhe-se que, como acima defendido, pouco importa o fato de a legislação setorial prever a outorga da autorização com prazo (Lei n. 12.815/2013, art. 8º, §2º) ou sem prazo (Lei n. 9.472/97, art. 138): em qualquer caso, o legislador não recorreu ao entendimento de que sua outorga se dará de modo puramente precário (no sentido de extinguível a qualquer tempo), o que se evidencia quando a legislação prevê expressamente as hipóteses em que pode ser extinta a autorização, não dando margem ampla de discricionariedade (e, por conseguinte, de precariedade) ao Administrador. Sob outro aspecto, parece igualmente certo que a legislação que prevê as autorizações sem prazo não lhes pretendeu conferir, simplesmente por isso, caráter precário (no sentido de extinguível sem indenização), já que isso (i) não está expressamente posto na lei; (ii) tornaria o instrumento absolutamente incompatível com o aspecto econômico da atividade autorizada.

Do exposto se conclui que a tese doutrinária tradicional, por considerar a precariedade um elemento ínsito à figura das autorizações administrativas, uma vez mais não encontra amparo no território específico das autorizações regulatórias, tal como normativamente previstas. Esse posicionamento, se for válido para as autorizações de polícia (espécie) – sendo, mesmo aqui, passível de críticas –, certamente não o é para definir o gênero das autorizações administrativas. Afinal de contas, nem a Constituição nem a legislação infraconstitucional contemporânea exigem que as autorizações administrativas sejam sempre e necessariamente atos precários; quem o faz é a doutrina – e, com base nela, a jurisprudência.

⁸⁶⁷ TRF-2 - AC: 152173 97.02.36093-5, Relator: Desembargador Federal GUILHERME COUTO, Data de Julgamento: 07/08/2002, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJU - Data: 21/08/2002 - Página:108.

Em razão de disposições normativas específicas, bem como do aspecto econômico que subjaz às atividades autorizadas nos moldes do art. 21 da CF/88, as autorizações regulatórias não podem ser definidas como atos administrativos precários, em qualquer dos sentidos da expressão, quer exista ou não aprazamento no ato autorizativo. Sustentar a revogabilidade a qualquer tempo e sem indenização das autorizações regulatórias, impondo-lhes *prima facie* uma precariedade absoluta, implica fatalmente fadá-las ao insucesso e fracasso em sua missão de constituir mercados concorrenciais eficazes em setores de titularidade pública de cunho infraestrutural.

3.4. A autorização como ato declaratório

O caráter constitutivo das autorizações regulatórias, em contraste com a natureza declaratória das autorizações de polícia, já foi apresentado acima, na Parte 2, fazendo-se aqui remissão, para evitar repetições desnecessárias, à sua Conclusão Parcial.

A bem da verdade, a natureza declaratória ou constitutiva das autorizações administrativas acaba ligando-se umbilicalmente à função por elas desempenhada. Assim, as autorizações que funcionam como técnicas de polícia, simplesmente removendo óbices ao exercício de um direito pré-existente do privado, naturalmente conformam um ato de cunho declaratório. É exatamente por essa razão que os autores partidários do entendimento de que as autorizações do art. 21 da CF/88 reportam-se a uma atividade econômica em sentido estrito, privada, fatalmente reconduzirão tais autorizações ao campo da polícia e, assim, atribuir-lhes-ão cunho declaratório.

Esta não é, contudo, a posição aqui defendida, conforme amplamente demonstrado. Sustentou-se que, ao contrário das autorizações tradicionais, as quais refletiam o exercício de poder de polícia e simplesmente removiam óbices ao exercício de atividades econômicas privadas – são, portanto, declaratórias –, as autorizações regulatórias, ao importarem a inserção do particular autorizado num setor que é titularizado pela União, possuem fatalmente *efeito constitutivo*, criando na esfera jurídica do particular direitos novos, para ele antes inexistentes, e que somente persistem enquanto perdurarem os efeitos da autorização.

A existência de autorizações com efeitos constitutivos tem sido amplamente debatida pela doutrina estrangeira.

Nesse passo, MARTÍN MATEO critica a construção da autorização como ato declaratório de remoção de limites para o exercício de um direito pré-existente, visto que a questão da titularidade prévia do direito careceria de transcendência prática, sendo o elemento decisivo o “pronunciamento da Administração”, de modo que a autorização será, portanto, “a declaração administrativa da concorrência das condições necessárias para o exercício de uma atividade”, sem pré-julgar a pré-existência ou não do direito.⁸⁶⁸

A crítica é endossada por MANZANEDO, ao constatar uma inconsistência na doutrina tradicional, e afirmar que a pré-existência do direito é incompatível com a discricionariedade administrativa nas autorizações, de modo que o particular apenas pode ser titular de um “interesse legítimo à aquisição futura do direito”, concretizado somente com a outorga da autorização. A consequência, para o autor, é que a autorização não é nem ato declaratório nem constitutivo.⁸⁶⁹ FORTES MARTÍN compartilha o entendimento, anotando que o “dogma do direito pré-existente” contribuiu em seu momento para potencializar as virtudes da autorização, mas atualmente constitui uma “entelêquia jurídica que sustentou utopicamente toda a construção da autorização administrativa”, devendo tal dogma ser superado.⁸⁷⁰

Renato ALESSI, igualmente, registrou que as autorizações (“provvedimenti autorizzatori”) apresentam como nota característica a constitutividade do efeito pretendido.⁸⁷¹ No mesmo caminho GIANNINI⁸⁷² e Rogério SOARES, ao conceberem autorizações constitutivas de direitos.⁸⁷³ Nesse contexto, Vasco Pereira de SILVA conceitua o que denomina de “ato favorável”, enquanto ato de cria ou confirma um direito ou vantagem ao privado autorizado, configurando um autêntico ato constitutivo de direitos.⁸⁷⁴

⁸⁶⁸ *Apud* LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 124-125.

⁸⁶⁹ *Apud* LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 126-127.

⁸⁷⁰ *Apud* LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 135. O autor cita ainda Sanz Rubiales, que ironiza, no que toca às autorizações ambientais, o fato de obviamente inexistir um direito pré-existente à poluição da atmosfera (*ibidem*, p. 136).

⁸⁷¹ ALESSI, Principi... *op. cit.*, p. 387.

⁸⁷² GIANNINI, Diritto Amministrativo, *op. cit.*, p. 1105 e seguintes.

⁸⁷³ *Apud* FARIAS, Regulação jurídica... *op. cit.*, p. 63.

⁸⁷⁴ SILVA, Em busca... *op. cit.*, p. 449. Sobre a noção de “ato favorável”, ampliativo da esfera de direitos do particular, cf.: GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, Curso... v. I, *op. cit.*, p. 529-530; LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 160-162.

Luciano PAREJO ALFONSO, após afirmar que nem todas as autorizações respondem ao “modelo ideal” tradicional, distingue-as em três tipos: (i) as aprovações/homologações; (ii) as autorizações tradicionais de polícia; (iii) autorizações próximas às concessões, nas quais o ato é “constitutivo de um direito que antes não se podia dizer com propriedade e em rigor existir plenamente na esfera do cidadão”. Daí porque não é possível, para o autor, reconduzir todas as autorizações a um único regime substantivo, o que é sublinhado ao se constatar a existência de autorizações muito próximas às concessões, diante de seu caráter constitutivo.⁸⁷⁵

A seu turno, José MORENILLA argumenta que a utilização expansiva da autorização fez com que esta tenha

[...] deixado de ser uma pura técnica de remoção dos limites estabelecidos para o exercício de um direito pré-existente, para converter-se em uma técnica constitutiva de relações jurídicas entre a Administração e os administrados, com funcionalidade ordenadora, reguladora, operativa, sobre a realidade social.⁸⁷⁶

O fenômeno foi bem compreendido por Juan Carlos CASSAGNE, ao aduzir que, superado o poder de polícia enquanto “válvula de fechamento” do poder estatal, surgem novas técnicas de “ampliação ou criação *ex novo* de direitos privados pelo Direito Administrativo, que não configuram prestações de serviços públicos”.⁸⁷⁷ Para o autor, diferentemente das autorizações de polícia, em que haviam direitos pré-existentes do autorizado, nas novas autorizações (que o autor denomina de “licenças”), “[...] o direito do licenciado constitui um direito *ex novo* que nasce com o ato administrativo de outorga”, de modo que a licença, tal qual a concessão, é constitutiva e não declaratória de direitos.⁸⁷⁸ Explica-se, destarte, o porquê de o autor inscrever a licenças dentro da técnica concessória.⁸⁷⁹ Noutra oportunidade, retoma:

Diversamente da autorização, não pode se supor aqui a configuração de direito pré-existent, já o que o direito do licenciado constitui um direito *ex novo* que nasce com o ato administrativo de outorga, o que faz com que a

⁸⁷⁵ PAREJO ALFONSO, Luciano. **Derecho Administrativo**. Barcelona: Ariel, 2003, p. 650-654.

⁸⁷⁶ MORENILLA, La actividad... *op. cit.*, p. 223.

⁸⁷⁷ CASSAGNE, La intervención... *op. cit.*, p. 63-64.

⁸⁷⁸ CASSAGNE, El servicio publico en el campo... *op. cit.*, 80.

⁸⁷⁹ CASSAGNE, Derecho Administrativo, *op. cit.*, p. 468-469.

licença seja sempre, igual à concessão, constitutiva de direitos e não declaratória, como a autorização.⁸⁸⁰

No ordenamento jurídico brasileiro, como já sustentado, sobrevivem as autorizações administrativas com função de polícia – afinal, a Administração Pública contemporânea não abdicou da função de vigilante da atuação dos privados, nas hipóteses em que estes atuem em campo de sua titularidade. Estas se encontram bem retratadas no art. 170, parágrafo único, da Constituição, que contém disposição acerca do exercício das atividades econômicas afeitas à esfera da livre iniciativa privada. No que toca a estas autorizações, afirma Marçal JUSTEN FILHO que se referem a casos em que “existem características especiais na atividade econômica, de que resulta um controle estatal mais intenso”. De todo modo, referida autorização “não transforma a natureza da atividade, que continua a ser privada, submetida ao regime correspondente”.⁸⁸¹

Entretanto, na linha aqui defendida, tal raciocínio não pode ser aproveitado para as autorizações do art. 21 da CF/88, porquanto nelas ocorre justamente o oposto: está-se flagrantemente diante de atividade de titularidade pública, e não privada. Assim, se na autorização referida no art. 170, parágrafo único da Constituição, o Poder Público, após verificar que a atividade não danifica o “interesse público”, declara o direito do privado de explorá-la, o mesmo não ocorre com a autorização referida no art. 21, em que o Poder Público, verificando o preenchimento de requisitos legalmente dispostos, *outorga ao privado* um direito *ex novo*, que este não possuía, franqueando-o a exploração de uma atividade atinente a um setor econômico de titularidade pública.

Sustenta Egon Bockmann MOREIRA:

Ao contrário das autorizações de outrora, nas atuais de serviços constitucionalmente imputados ao Estado o ponto de partida é o setor público dos meios de produção: aqui o particular não é meramente liberado para fazer aquilo que lhe apraz, mas sim se lhe outorga nova condição, inserindo-o noutro setor. Não se acentua a carga *declaratória* da autorização clássica, mas sim a natureza *constitutiva* do ato administrativo que permite ao agente privado desenvolver, sob regime de direito privado administrativo, certa atividade atribuída normativamente ao Estado.⁸⁸²

Segue o autor:

⁸⁸⁰ CASSAGNE, La intervención... *op. cit.*, p. 83.

⁸⁸¹ JUSTEN FILHO, Direito das Concessões... *op. cit.*, p. 48.

⁸⁸² MOREIRA, Direito das Concessões... *op. cit.*, p. 67.

Em sede de serviços constitucionalmente atribuídos ao Estado a autorização não apenas declara um direito do particular. Não obstante em alguns casos a autorização para tais serviços tenha a natureza jurídica de ato vinculado, fato é que ela assume a condição de *ato constitutivo*, ao inserir a pessoa privada em setor jurídico-econômico reservado ao Poder Público, e *mandamental*, ao prescrever um feixe de deveres a serem cumpridos pelo autorizado.⁸⁸³

Por intermédio das autorizações regulatórias, destarte, a Administração Pública não “levanta a cancela” para o particular atuar num setor econômico de titularidade deste, como ocorre com as autorizações de polícia. Ao contrário: trata-se de uma autorização que possui *caráter plenamente constitutivo do direito do particular* de acessar e explorar a atividade em questão. Diz-se “plenamente” porque as autorizações de polícia, ainda que não constituam o direito do particular sobre a atividade, constituem ao menos o direito ao seu *exercício*, de modo que carregam consigo, em menor medida, certa dose constitutiva.⁸⁸⁴ Nas autorizações regulatórias, de outra banda, não apenas o exercício, mas o próprio direito de acesso à atividade é condicionado pela Administração, sua única titular.

Esse caráter constitutivo das autorizações regulatórias, ademais, justifica uma postura muito mais intensa do Estado na regulação e fiscalização da atividade em questão, podendo desembocar, quiçá, em situações limites como a própria assunção, pelo Estado, da atividade desenvolvida pelo particular (algo como uma encampação), impensável no caso da autorização de polícia. Interpretando o art. 174 da CF/88, poder-se-ia dizer que, se na atuação do privado *após* uma autorização de polícia o planejamento estatal é meramente *indicativo*, na atuação do privado *mediante* autorização regulatória este é certamente *determinante*, sendo concretizado por intermédio de instrumentos regulatórios que constantemente incidem sobre a atuação dos *players* que exploram atividades em setores públicos da economia.

⁸⁸³ *Ibidem*, p. 68-69.

⁸⁸⁴ O caráter constitutivo nas autorizações de polícia já fora notado por parcela da doutrina – inclusive pelo próprio Ranelletti (RANELLETTI, Teoria degli atti... *op. cit.*, p. 21-22). Nesse sentido, aduz Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, acerca da figura da “licença”, que “não é constitutiva quanto ao gozo do direito, porem o é quanto ao seu exercício” (MELLO, Princípios... *op. cit.*, p. 569-570). No mesmo sentido: SUNDFELD, Direito Administrativo Ordenador, *op. cit.*, p. 43). Cf. também: ROMANO, Santi. Corso... *op. cit.*, p. 240; BÉNOIT, Francis-Paul. **Le Droit Administratif Français**. Paris: Dalloz, 1968, p. 523-524; LIVET, L'autorisation... *op. cit.*, p. 119; FORTI, Primo trattato... *op. cit.*, p. 764; RANELLETTI, Teoria delle autorizzazioni... *op. cit.*, p. 30-31.

É com base nisso que se discorda da posição defendida (partindo do ordenamento jurídico espanhol) por LAGUNA DE PAZ, para quem “a concepção clássica é a que melhor responde à natureza da autorização”, visto se tratar de um ato que simplesmente *declara* que o particular reúne as condições legalmente exigidas para desempenhar uma atividade a que tem direito.⁸⁸⁵ Para o autor, que defende a possibilidade de restringir as autorizações estritamente ao campo da polícia, o caráter declaratório corresponde com correção à natureza jurídica da autorização, visto que lhe atribuir caráter constitutivo seria equivocado na medida em que (i) “alimentaria uma dinâmica mais favorável à intervenção” pública sobre uma atividade privada, e (ii) favoreceria a precariedade das situações jurídicas, vulnerabilizando as autorizações.⁸⁸⁶ Diante disso, segundo LAGUNA DE PAZ, deve seguir mantendo-se o caráter declaratório da autorização: o que ocorre é que, em alguns casos, “a Administração se limita a levar a cabo um mero controle vinculado da atividade”, enquanto que em outros ela “dispõe de faculdades discricionárias para verificar a adequação da concreta iniciativa ao interesse geral”, o que, no entanto, não retira seu caráter declaratório.⁸⁸⁷

Tal reflexão, se válida para o ordenamento espanhol, certamente não o é para o caso brasileiro, motivo pelo qual se discorda da posição de Sara Jane de FARIAS, para quem as autorizações vinculadas possuem natureza jurídica de ato declaratório.⁸⁸⁸

As autorizações regulatórias, ao possibilitarem ao particular autorizado exercer atividades que não são de sua titularidade, devem ser encaradas como constitutivas, e não declaratórias. O óbice ao acesso e à exploração, pelo particular, das atividades sujeitas a tais autorizações, não é a necessidade de realização de um controle preventivo pela Administração, mas, ao revés, é o fato de tais atividades serem titularizadas pelo Poder Público, por força de expressa previsão constitucional.

Considerando que a natureza constitutiva ou declaratória das autorizações liga-se umbilicalmente à função que se reputar por elas desempenhada, as assertivas acima lançadas serão complementadas e aperfeiçoadas no item seguinte, em que o objetivo é justamente reconhecer a impertinência de se atribuir às

⁸⁸⁵ LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 105.

⁸⁸⁶ *Ibidem*, p. 107.

⁸⁸⁷ *Ibidem*, p. 139.

⁸⁸⁸ FARIAS, Regulação jurídica... *op. cit.*, p. 74.

autorizações regulatórias a função de mera polícia – consoante raciocínio introduzido na Parte 2, acima.

3.5. A autorização como ato de polícia

Por derradeiro, impera apreender a natureza da função administrativa exercida quando da outorga das autorizações regulatórias, contrastando-as com as autorizações de polícia. O tema foi antecipado na Parte 2, acima, para conduzir as conclusões parciais lá atingidas: sustenta-se que, enquanto nas autorizações de polícia, a Administração Pública exercia – com o perdão da tautologia – função de polícia, a função administrativa relacionada às autorizações regulatórias é diversa e peculiar: trata-se de nítida *função regulatória*, mediante a qual a Administração Pública, utilizando-se de instrumentos múltiplos e diversificados, regula determinados setores da economia, de sua titularidade.

Não se olvide, conforme Marçal JUSTEN FILHO, que, “sob certo ângulo, a regulação consiste na utilização permanente, racional e intensificada das competências de poder de polícia”.⁸⁸⁹ Para tanto, deve-se partir de uma noção revisitada, ampliada e atualizada do poder de polícia, de modo a conformá-lo ao *modus operandi* da Administração Pública contemporânea – conforme tendência exemplificada, no Brasil, por Carlos Ari SUNDFELD, ao propor a substituição do conceito de poder de polícia pela noção de “Administração Ordenadora”.⁸⁹⁰

No entanto, isso de modo algum equivale a dizer que a regulação, enquanto função administrativa, possa ser reconduzida hermética e integralmente ao campo da polícia.

Destacando a peculiaridade da função regulatória, Sergio FOIS sustenta que a regulação “afigura-se como fenômeno jurídico dificilmente enquadrável nas três tradicionais funções públicas” (referindo-se à função legislativa, jurisdicional e administrativa – esta última, categoria à qual pertence a função de polícia por excelência).⁸⁹¹ Em sentido semelhante, Luciano PAREJO ALFONSO reconhece a insuficiência da tripartição clássica da atuação administrativa (polícia, fomento e serviço público) e, assim, guerreia a necessidade de se adotar um conceito de

⁸⁸⁹ JUSTEN FILHO, Curso... *op. cit.*, p. 537.

⁸⁹⁰ SUNDFELD, Direito Administrativo Ordenador, *op. cit.*, p. 17. Cf. também: FREITAS, Direito Fundamental... *op. cit.*, p. 326 e seguintes.

⁸⁹¹ FOIS, Sergio. Servizi e interessi tra privatizzazioni e regolazione pubblica. In: **Diritto e Società**. Pádova: Cedam, 2000, v. 1, p. 27.

“atividade infraestrutural” da Administração Pública, dentro da qual se inscreveria a atuação regulatória do Estado.⁸⁹²

De sua parte, leciona Pedro GONÇALVES que “a regulação, enquanto tarefa de ‘entidades reguladoras’, consiste numa atividade operacional, de execução de uma função ou atividade administrativa”, função essa absolutamente peculiar e dotada de “especificidades inovatórias”, denominada pelo autor de *função administrativa de regulação*.⁸⁹³

Na doutrina nacional, Bernardo Strobel GUIMARÃES apresenta a “tendência a se afirmar uma nova categoria como unificadora da função administrativa”, categoria esta que “supera a noção de polícia (tipicamente liberal) e a noção de serviço público (típica do Estado Social)”: trata-se da *função regulatória*, enquanto “noção unificadora”, ou “categoria de síntese” das demais funções administrativas.⁸⁹⁴ A função reguladora, nessa óptica, busca sintetizar modos de atuação indireta por parte do Estado com a necessidade de atuação estatal para promover certos valores; sofre influxos tanto da noção de polícia quanto da de serviço público, no entanto, não se reduz a nenhuma delas, agregando-lhes novas características.⁸⁹⁵ Adiante, abordando a regulação estatal de atividades privadas de interesse público (“serviços públicos impróprios”), pondera que “tal atuação não está apta a ser explicada pela ideia de poder de polícia”, sendo-se facilmente perceptível a “inadequação dos instrumentos que traduzem a atuação do poder de polícia para explicar a atuação nessas atividades privadas de interesses sociais sujeitas à regulação”.

Nessa esteira, Alexandre ARAGÃO, ainda que inscreva a noção de “polícia” dentro do quadro mais amplo da atividade regulatória do Estado,⁸⁹⁶ reconhece que, apesar de os conceitos de poder de polícia e de “administração ordenadora” se aproximarem do conceito de regulação, não o alcançam *in totum*, visto que “não

⁸⁹² PAREJO ALFONSO, *et. al.* Manual... *op. cit.*, p. 481; 525. Algo semelhante faz Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao afirmar que a regulação enquanto função estatal não se enquadra na tipologia interventiva clássica, haja vista ser a função reguladora uma atividade complexa. Daí o autor tratar a regulação enquanto função pública, e não como função administrativa (MOREIRA NETO, *Mutações do Direito Público*, *op. cit.*, p. 402-406).

⁸⁹³ GONÇALVES, Regulação, electricidade... *op. cit.*, p. 23. Sobre a atividade administrativa regulatória, conferir: SÁNCHEZ, *Infraestructuras...* *op. cit.*, p. 84 e seguintes.

⁸⁹⁴ GUIMARÃES, Da regulação... *op. cit.*, p. 51.

⁸⁹⁵ *Ibidem*, p. 53. O autor retoma o tema adiante: *ibidem*, p. 92.

⁸⁹⁶ ARAGÃO, Curso... *op. cit.*, p. 182.

abrangem a regulação dos serviços e monopólios públicos exercidos por particulares”.⁸⁹⁷

No ordenamento brasileiro, portanto, não faz tanto sentido ampliar a noção de polícia para dar conta de fenômeno tão diverso como a regulação econômica. A noção de “polícia”, relacionada à atividade de “policiamento”, de ordenação (*ordenatio*) – ou seja, uma atuação tipicamente interventiva, “de fora” – teria sua utilidade bastante reduzida se ampliada de forma a contemplar a noção de regulação – que pode ser exercida tanto na “modalidade interventiva” (Estado regulando atividades econômicas privadas) quanto numa espécie de “autorregulação” (Estado regulando atividades públicas – qualificadas ou não como serviços públicos). A *ordenatio*, vinculada à ideia de polícia, não serve para reger a atuação estatal nos setores econômicos em que há *publicatio*.

Vale dizer: nos setores públicos da economia, o Estado não atua como policial, e sim como dono. É ele – Estado – que definirá como, quando e por quem serão exploradas as atividades econômicas de sua titularidade, até os mínimos detalhes. A regulação é, portanto, uma atividade que, nesses setores, o Estado exerce “de dentro”, e não de fora. O Estado não policia a atuação privada: ele a *constitui, conforma e orienta*. Daí se conclui que mesmo a noção ampliada e atualizada de poder de polícia (ou qualquer expressão equivalente) não parece dar conta, no Brasil, das situações abrangidas pelas autorizações referidas no art. 21 da CF/88, que se referem a setores da economia de titularidade pública.

Pertinentes, aqui, as considerações de Benjamin Villegas BASAVILBASO, ao afirmar que a “polícia de gestão dos serviços públicos propriamente ditos se distingue da polícia dos serviços públicos impróprios ou empresas regulamentadas”.⁸⁹⁸ Note-se, assim, que mesmo que o autor atribua a ambos os casos a expressão “polícia”, é claro em apará-las em seus significados. O mesmo faz BADURA, anotando que “os atos administrativos de direção da economia [...] distinguem-se [de forma nítida] das medidas de polícia”.⁸⁹⁹

Destaca-se, assim, a peculiaridade da função regulatória face à função de polícia, o que torna, para o ordenamento jurídico brasileiro, bastante criticável a

⁸⁹⁷ *Ibidem*, p. 206.

⁸⁹⁸ BASAVILBASO, Benjamin Villegas. **Derecho Administrativo**. V. III. Buenos Aires: Tipografica, 1951, p. 68.

⁸⁹⁹ *Apud* SILVA, Em busca... *op. cit.*, p. 451. Em sentido contrário, Charles Celier parece admitir a recondução dos atos da Administração sobre a economia ao campo da polícia clássica (CELIER, *Droit Public... op. cit.*, p. 128; 212).

intenção de subsumir ambos os conceitos a uma única explicação. Por um lado, realmente é possível unir sob o manto de uma noção ampliada e revisada de poder de polícia tanto a polícia administrativa (em seu viés tradicional) quanto a regulação econômica. Sucede que para uni-las, diferentes que são, é necessário buscar um critério unificador tão amplo que, por pretender abarcar tudo, a tudo se aplica em igual medida, sem relevar as especificidades de cada situação. Assim, a elevada abstrativização do conceito acaba militando contra sua própria funcionalidade.

No que toca especificamente às autorizações, cumpre sublinhar que na Europa, em que os serviços públicos foram liberalizados e passaram à esfera de titularidade da iniciativa privada, há robusta doutrina que reconduz todas as autorizações – incluindo as novas “licenças com encargo de serviço público” – ao campo da polícia.⁹⁰⁰

Assim raciocina José Carlos LAGUNA DE PAZ, afirmando que “uma leitura atual da polícia administrativa resulta suficientemente compreensiva para albergar a pluralidade de fins aos quais servem as autorizações”. Para o autor, a dita neorregulação não descobre novas técnicas, nem nos situa ante um novo Direito Administrativo: trata-se simplesmente da aplicação de tradicionais instrumentos de intervenção a setores agora liberalizados – daí porque a polícia é capaz de “abraçar a autorização administrativa em toda sua riqueza de manifestações”.⁹⁰¹

No mesmo senso MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, após reconhecer que o conceito tradicional de poder de polícia restou inservível para compreender toda a riqueza das novas autorizações operativas, afirmou não ser necessário, no entanto, “sair do campo da polícia para entrar no mais ou menos duvidoso do serviço público”. Para o autor, a debilidade do conceito de autorização está em sua consideração como elemento exclusiva da função de polícia, mas somente porque entendida esta em seu sentido puramente restrito.⁹⁰² Interessante notar que o autor, embora reprisa a conceituação tradicional das autorizações, rechaça que a autorização deva ser considerada uma técnica exclusiva da função de polícia, *entendida esta em seu sentido mais restrito*, devendo-se revalorizar seu papel.⁹⁰³

⁹⁰⁰ Sobre o tema, incomparável aprofundamento consta de: LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 108-143.

⁹⁰¹ LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 40.

⁹⁰² *Apud* LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 38.

⁹⁰³ *Apud* LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 128.

Finalmente, Juan Carlos CASSAGNE anota que a noção ampliada do conteúdo do poder de polícia acaba “confundindo-se com o próprio poder de legislação, incluindo a regulação de atividades que não são propriamente de limitação nem de gravame, senão de criação ou ampliação de situações ativas favoráveis”.⁹⁰⁴ Daí afirmar que “[...] a regulação econômica constitui um das funções essenciais do Estado subsidiário, que se configura basicamente – em sua dimensão normativa – como uma típica emanção do denominado poder de polícia”.⁹⁰⁵ Para o autor, as autorizações surgem, assim, como mecanismos de regulação contemporâneos, que interagem e se mesclam com os tradicionais métodos, em constante processo de “aperfeiçoamento, consolidação e ampliação”.⁹⁰⁶ Tratar-se-ia de uma “atividade administrativa conformadora”, de um “poder de polícia/autorização funcionalizada”, um poder de polícia “de ordenação”, funcionalizado em razão do interesse público a ser atendido pela atividade privada.⁹⁰⁷

Todavia, é igualmente expressiva a doutrina comunitária em sentido oposto, conferindo um novo sentido às novas autorizações (lá denominadas licenças), sustentando a impertinência de se aplicar o conceito tradicional de autorização de polícia para dar conta das autorizações que passaram a ser utilizadas para habilitar os privados a prestarem os *serviços de interesse econômico geral*. Isso porque, de acordo com tais autores, ainda que as licenças possuam cunho declaratório, a elas são atribuídas *cargas* antes impensáveis (as “obrigações de serviço público”), tornando absolutamente diversa a relação entre a Administração Pública autorizante e o privado autorizado.

Nesse norte, Gaspar ARIÑO ORTIZ consigna que os serviços de interesse econômico geral deixam de ser acessados mediante concessão e passaram a ser explorados por uma “licença (ou autorização), de caráter regulado (não discricionário), acompanhada, se se quiser, de cargas ou obrigações de serviço” as

⁹⁰⁴ CASSAGNE, La intervención... *op. cit.*, p. 66.

⁹⁰⁵ CASSAGNE, El servicio publico en el campo... *op. cit.*, p. 78. O pensamento de Cassagne, ao inscrever a função regulatória dentro do poder de polícia, é plenamente coerente com o fundamento do autor no sentido de que a autorização administrativa enquanto gênero, ainda que constitua em alguma medida um ato de ampliação da esfera jurídica do particular, “cobra seu verdadeiro sentido se for considerada como uma verdadeira limitação da esfera dos direitos de liberdade e propriedade” (CASSAGNE, La intervención... *op. cit.*, p. 77). É por isso que, para o autor, existem três classes de *limitações*: as autorizações, as permissões, e as obrigações de informação (*ibidem*, p. 74).

⁹⁰⁶ *Ibidem*, p. 115. O autor reconhece, adiante, a dificuldade na classificação dos instrumentos da regulação estatal da economia, tendo em vista a abertura semântica contida na Constituição e nas legislações ordinárias, para além da própria natureza da atividade econômica, de sorte que, na matéria, os conceitos tendem a ser “rapidamente ultrapassados” (*ibidem*, p. 119).

⁹⁰⁷ *Ibidem*, p. 171.

quais, no entanto, não implicam revogabilidade ou poder de modalização interna do serviço.⁹⁰⁸ Para o autor, a autorização de serviços de interesse econômico geral não se configura mais como mera remoção de limites (uma mera declaração de licitude), visto que cria uma relação permanente de sujeição entre a Administração e os particulares, impondo um “dever de fazer ou prestar”.⁹⁰⁹ O autor, assim, destaca que as autorizações funcionalizadas, operativas, traduzem exercício de regulação econômica por parte do Estado, e não meramente de polícia administrativa, visto que não apenas limita os efeitos potencialmente lesivos da atividade privada, mas sim, configura-a internamente.⁹¹⁰

Colhe-se de GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ passagem de singular lucidez:

O conceito de autorização em sentido estrito que chegou até nós se formou no final do século passado [...]. A crise do esquema tradicional se deu mais agudamente a partir do momento em que, ultrapassando o campo próprio da ordem pública, em sua tríplice dimensão compreensiva da tranquilidade, segurança e salubridade, em função da qual foi pensado dito esquema, a autorização foi transplantada ao complexo campo das atividades econômicas, nas quais desempenha um papel que não se reduz ao simples controle negativo do exercício de direitos, mas que se estende à própria regulação do mercado, com o explícito propósito de orientar e conformar positivamente a atividade autorizada no sentido da realização de uns objetivos previamente programados ou ao menos implicitamente definidos nas normas aplicáveis.⁹¹¹

Manuel Izquierdo CARRASCO reconhece a existência de autorizações administrativas que, “enquanto instrumento de intervenção administrativa, não se inserem dentro da atividade de polícia”. Para o autor, não existe no ordenamento espanhol uma fórmula jurídica válida para compreender a função desempenhada por tais instrumentos, qual seja, a de articular o traslado de funções públicas para particulares, visto que nem a expressão “concessão”, nem a “autorização” tal qual classicamente concebida, dão conta de relatar o fenômeno.⁹¹²

No mesmo senso, DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ admite a figura que denomina de “autorizações constitutivas” no campo dos serviços públicos, enquanto atos que delimitam o conteúdo de direitos e, portanto, excedem o âmbito da polícia

⁹⁰⁸ ARIÑO ORTIZ, La liberalización... *op. cit.*, p. 15.

⁹⁰⁹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Economía y Estado**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993, p. 378.

⁹¹⁰ ARIÑO ORTIZ, Principios... *op. cit.*, p. 243.

⁹¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, Curso... v. II, *op. cit.*, p. 133-134.

⁹¹² CARRASCO, Algunas cuestiones... *op. cit.*, p. 400-402.

administrativa, nas quais o particular não tem o direito pré-existente em razão da publicização da atividade em questão.⁹¹³

Voltemos os olhos ao ordenamento brasileiro. Vale rememorar, nesse ponto, que a definição das características da autorização aqui referida depende, como já frisado, da compreensão que se tenha acerca da natureza jurídica da atividade autorizada. Disso decorre que, na opinião dos autores que sustentam que a autorização do art. 21 da CF/88 serve para atividades econômicas *privadas*, faz sentido sustentar que retratem o exercício de poder de polícia – afinal de contas, a atividade autorizada, nessa visão, é privada.

Ocorre que esse pensamento não é unânime e, consoante defendido por outros autores (com os quais se concorda), as atividades descritas no art. 21 da CF são de titularidade pública ainda que prestadas mediante autorização. Neste caso, patente a impossibilidade de se falar em uma autorização de polícia, nos moldes das tradicionais autorizações novecentistas.

Independentemente disso, mesmo autores que interpretam as autorizações do art. 21 reconduzindo-as ao campo da atividade econômica privada (portanto, do poder de polícia), consentem que há importantes diferenças entre essas autorizações e as tradicionais. É o caso de Alexandre ARAGÃO, ao afirmar ser conveniente adotar uma nomenclatura que as distinga tanto dos serviços públicos como “das atividades sujeitas ao poder de polícia tradicional”.⁹¹⁴ E prossegue:

O que distinguiria estas autorizações das autorizações do poder de polícia no sentido tradicional é que são muito mais do que atos que apenas levantam impedimentos ao desempenho da atividade que poderia prejudicar a coletividade, mas que não atende diretamente a um interesse coletivo. As atividades econômicas que estamos abordando atendem diretamente à coletividade, estando sujeitas a uma autorização prévia operativa, que, além de possibilidade ao particular o exercício da atividade, investe o Poder Público de uma série de poderes de direção sobre a atividade sem que a titularize [...] fazendo com que o instituto da concessão se aproximasse das autorizações para o desempenho de atividades privadas de interesse coletivo.⁹¹⁵

De outra banda, Carlos Ari SUNDFELD, ao tratar das atividades relacionadas no art. 21 da CF/88, analisa que a reserva de titularidade pretende apenas aumentar os poderes da Administração para além daqueles incidentes sobre

⁹¹³ DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M. **La actividad de la Administración**. Madri: Tecnos, 1983, p. 253; 259-265.

⁹¹⁴ ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos... *op. cit.*, p.163.

⁹¹⁵ ARAGÃO, Agências Reguladoras... *op. cit.*, p.148-149.

as atividades titularizadas pelos particulares, de sorte que a intenção de conferi-los à União não se destina a instituir um cenário em que esta os desenvolva solitariamente, mas sobretudo “[...] para, no contexto de uma concessão a particulares, ampliar seus poderes de controle”. Segundo o autor, a atuação estatal nas hipóteses do art. 21 não se enquadra no fenômeno da administração ordenadora.⁹¹⁶ para o autor, a administração ordenadora consiste na “disciplina das ações dos indivíduos em seu setor próprio de atuação (o campo privado), não se confundindo com a regulação a que estejam sujeitos quando atuem no campo estatal”.⁹¹⁷ A grande diferença entre a administração ordenadora e a regulação está, portanto, em que “quando, por qualquer forma, os particulares atuam no campo estatal, estabelecem com a *Administração* uma relação jurídica específica, em que esta exerce poderes especiais”, ao passo que quando “atuam no campo privado, submetem-se apenas a vínculo genérico com o *Estado*”.⁹¹⁸

Adiante, ao tratar da constituição de direitos privados por ato administrativo, SUNDFELD é claro em afirmar que os atos administrativos concessivos “nada têm a ver com a administração ordenadora”, visto que “estabelecem, entre Poder Público e administrado, uma relação especial, caindo fora, destarte, da administração ordenadora”.⁹¹⁹ E remata:

A característica que aparta tais provimentos das outras espécies de atos ampliativos de direito consiste em tratar-se de criação de direitos aos particulares por *transferência* da Administração. [...] A reserva de certo campo de atividades para o Estado representa, atualmente, importante instrumento na regulação administrativa da econômica. É que tal reserva, muito frequentemente, não visa de fato proibir a atuação privada, mas tão-só controla-la de modo mais intenso, através da técnica concessional.⁹²⁰

⁹¹⁶ SUNDFELD, Direito Administrativo Ordenador, *op. cit.*, p. 39-40.

⁹¹⁷ *Ibidem*, p. 21.

⁹¹⁸ *Ibidem*, p. 24. Em sentido semelhante, nota Andréa Queiroz Fabri que a regulação desempenha importante papel, visto que, considerando que os serviços são considerados públicos por serem fundamentais à dignidade da população, “relegar todos os poderes de prestação do serviço ao particular consistiria num risco para a coletividade. Dessa forma, o Estado, sem atuar diretamente ou mesmo por excesso de normas, busca, por meio de institutos não ligados diretamente ao governo, mas sim ao Estado, evitar abusos, corrigir falhas e planejar estratégias para a melhor prestação do serviço regulado” (FABRI, Andréa Queiroz. A contradição entre a concessão administrativa em monopólio e o direito de acesso aos mercados regulados: desafios para a regulação e para os direitos dos usuários dos serviços públicos. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, jul./set. 2008, p. 49).

⁹¹⁹ *Ibidem*, p. 38-39.

⁹²⁰ *Ibidem*, p. 39.

Bernardo GUIMARÃES, enfocando as autorizações, argumenta que a utilização destas no campo das atividades econômicas de interesse coletivo faz com que não possam mais conviver com os usuais atributos da unilateralidade, discricionariedade e precariedade. Daí, remata:

Do que importa destacar é que a necessidade de repensar o conceito de autorização nesse campo demonstra a inadequação do conceito de poder de polícia para explicar o exercício de regulação nesses setores. A distinção entre a autorização para a prestação de atividade econômica e a autorização, por assim dizer, tradicional, só faz escamotear a inadequação de tentar se explicar a regulação com base exclusivamente no poder de polícia de inspiração liberal.⁹²¹

Seguindo essa linha, com acerto Vitor SCHIRATO diferencia as autorizações da administração ordenadora (polícia) das autorizações que o autor denomina “autorizações de atividades reguladas”, na medida em que aquelas, diversamente destas:

(i) são decorrência de legislação geral, aplicável a todos os setores da economia e não restrita a um setor específico; (ii) têm conteúdo mais, com predominância, declaratório, embora possam também conter conteúdo constitutivo em casos específicos; e (iii) são manejados por entidades da administração pública com competências genéricas de ordenação das atividades particulares de qualquer dos entes federativos, [...] e não por entidades específicas competentes para assegurar o bom funcionamento de um dado setor da econômica que fazem parte da administração de um ente federativo determinado.⁹²²

Constata-se que a função de polícia – mesmo revisitada – não dá conta, com inteira suficiência, da realidade que envolve as autorizações regulatórias, previstas como instrumentos para inserção de regime de concorrência na prestação de atividades titularizadas pelo Estado. Relacionada à esfera de *intervenção estatal* sobre atividades privadas, a noção de polícia não se coaduna com perfeição à *atuação estatal* que ocorre na expedição das autorizações regulatórias, atinentes a setores econômicos de titularidade pública. Assim, se a noção de regulação pode ser inscrita na noção de polícia, tal ocorreria de forma parcial, servindo apenas para os casos em que a regulação estatal incidir sobre setores econômicos de titularidade privada. Nos casos em que a regulação estatal for exercida em setores de

⁹²¹ GUIMARÃES, Da regulação... *op. cit.*, p. 90-91.

⁹²² SCHIRATO, Livre Iniciativa... *op. cit.*, p. 319.

titularidade pública (como são aqueles nos quais previstas as autorizações regulatórias), a noção de polícia perde sentido.

As autorizações regulatórias não podem, assim, ser corretamente reconduzidas ao campo da polícia, porquanto consistem em instrumentos de *regulação estatal de setores econômicos de titularidade pública*, campo em que o poder de polícia, se diz algo, diz pouco. Por intermédio das autorizações regulatórias, a Administração Pública não se contenta com a averiguação de elementos pontuais como a ordem, a saúde, a segurança e o meio ambiente, todos referentes à esfera da *polícia administrativa*. Referidos elementos, na atuação de polícia, são conferidos pela Administração de forma episódica, pontual, instantânea, e, uma vez cumpridos pelo particular, emite-se a autorização. Nas autorizações regulatórias, a Administração Pública vai além: outorga ao particular o direito de explorar atividade de titularidade pública, e, por isso mesmo, conserva-se na posição de controladora da atividade em questão, guiando e conformando a atuação do privado ao atingimento de finalidades determinadas na *política econômica setorial*. Opera a autorização, nessa medida, “mecanismo de intervenção do Poder Público em setores regulados da economia”,⁹²³ ou, como aqui se prefere argumentar, como instrumento de regulação estatal de setores públicos da economia.

É justamente pelo fato de retratarem o exercício de função regulatória, e não mais de um genérico poder de polícia, que se optou, no presente trabalho, por nomear as autorizações administrativas enfocadas de “autorizações regulatórias”, tal como faz, na doutrina nacional, Vitor SCHIRATO.⁹²⁴

3.6. A relação jurídica instituída pelas autorizações regulatórias

Considerando o exposto nos itens precedentes, surgiram diversas expressões para dar conta da nova modalidade de autorização emergente, enfocando sobremaneira a peculiaridade da relação jurídica que, por seu intermédio, instaura-se entre Poder Público e privado autorizado.

Na esteira do debate europeu, ARIÑO ORTIZ menciona as “autorizações conformadoras” ou “regulamentadas”, que seriam aquelas resultantes do processo de liberalização dos serviços públicos e endereçadas aos serviços de interesse

⁹²³ CÂMARA, Autorizações administrativas... *op. cit.*, p. 621.

⁹²⁴ SCHIRATO, Livre iniciativa... *op. cit.*, p. 311.

econômico geral (reconduzíveis à noção de serviço público virtual). Para o autor, mesmo que não haja *publicatio* sobre a atividade em questão, visto ser ela de titularidade privada, estas autorizações não configuram apenas uma remoção de limites, mas “criam entre a Administração e os particulares uma relação permanente de sujeição, com ‘um dever de *facere* o *praestare*’”. ARIÑO ORTIZ reporta-se ainda às expressões “autorizações constitutivas de relações jurídicas permanentes entre a Administração e os particulares”, “autorizações com funcionalidade operativa”, “autorizações constitutivas de situações jurídico-seccionais”, “autorizações conformadoras”, e ainda “concessões de gestão econômica de interesse público”.⁹²⁵

No fundo, para o autor, trata-se de “atos que projetam sobre um indivíduo destinatário, toda uma situação jurídica geral e objetiva configurada previamente pelo ordenamento (não pela autorização), na qual queda incursão o autorizado”. A autorização (ato condição) abre aplicação do ato regra (a ordenação), com um complexo de direitos e deveres para ambas as partes.⁹²⁶ Por intermédio de tais autorizações, a Administração regula atividades privadas, detendo maior poder de conformação da atuação do autorizado, acompanhadas de obrigações de serviço público. Trata-se de autorizações de caráter regulado, que se situam entre a concessão e as autorizações discricionárias.⁹²⁷

Jorge Sarmiento GARCÍA também apresenta a noção de “autorização regulamentada”, a qual sujeita os particulares a uma “regulação por causa do serviço público” e implica a “imposição de cargas ou obrigações de serviço público” para garantir determinadas prestações ao público, que se impõe a todos os atuantes no setor.⁹²⁸

O caráter mandamental da autorização foi destacado também por LAGUNA DE PAZ, ao reconhecer haver casos em que as condutas autorizadas não são de realização potencial para seu titular, na medida em que “o caráter essencial das atividades, ou a limitação do número de autorizações, podem cimentar um autêntico dever de realizá-las”, caso em que a autorização não supõe um simples direito, senão também um dever.⁹²⁹

⁹²⁵ ARIÑO ORTIZ, Principios... *op. cit.*, p. 558-559.

⁹²⁶ *Ibidem*, *idem*. No mesmo sentido, cf.: ARIÑO ORTIZ, La liberalización... *op. cit.*, p. 18; 33.

⁹²⁷ *Ibidem*, p. 613-614.

⁹²⁸ GARCÍA, La licencia... *op. cit.*, p. 181-182.

⁹²⁹ LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 81-82. O autor aprofunda adiante: *ibidem*, p. 264-266. Assim, para o autor, a autorização ser uma *carga* no sentido técnico-jurídico da expressão, visto se tratar de uma “situação jurídica híbrida entre o poder e o dever” (*Ibidem*, p. 159).

Em França, é rica a doutrina acerca dos modos unilaterais de delegação (para o ordenamento brasileiro, a tradução mais correta de *délégation* seria outorga) de serviços públicos. Xavier BEZANÇON analisa o fenómeno crescente do que nomeia “delegações não contratuais de missões públicas”, o que ocorre por elementos de natureza diversa do tradicional contrato de concessão.⁹³⁰ Tais modos são, basicamente, dois: a “autorização condicionada” (*autorisation conditionnée*) e o “acordo” (*agrément*).

Pelas “autorizações condicionadas”, segundo Alain-Serge MESCHERIAKOFF, “permite-se a uma pessoa privada o exercício de uma atividade a ela interdita”, o que ocorre nas autorizações de polícia e nas autorizações de uso do domínio público. No entanto, o autor reconhece que tais autorizações não concernem tanto à “polícia administrativa geral”, e sim às “polícias administrativas especiais”, mediante as quais a autoridade pode impor ao privado obrigações positivas que podem ser analisadas como obrigações de serviço público.⁹³¹ De acordo com LAUBADÈRE *et. al.*, as autorizações condicionadas são atos administrativos que delegam a gestão de serviços públicos a entes privados, num regime “vizinho ao da concessão mas diferente”, eis que se trata de atos unilaterais acompanhado de condicionamentos.⁹³² No mesmo passo Gilles GUGLIELMI, para quem referida autorização subordina o autorizado, e em certos casos o mantém, a respeitar certas restrições.⁹³³

Já no que toca aos “acordos”, MESCHERIAKOFF afirma que estes designam uma decisão administrativa unilateral que submete uma atividade privada a um regime jurídico favorável, por atender ao interesse público. Para o autor, à diferença das autorizações de polícia, os “acordos” têm a vantagem de serem atos constitutivos de direitos.⁹³⁴

Poder-se-ia aproveitar, para definir as autorizações regulatórias, a denominação civilista das *autorizações integrativas continuadas*, conforme exposto por Pedro VASCONCELOS, nas quais não basta a emissão da autorização, sendo necessária a sua manutenção, havendo “situações de legitimidade para a prática

⁹³⁰ BEZANÇON, Essai sur les contrats... *op. cit.*, p. 390-392.

⁹³¹ MESCHERIAKOFF, Droit des Services Publics, *op. cit.*, p. 316.

⁹³² LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. **Traité de Droit Administratif**. 13. Ed. T. I. Paris: L.G.D.J., 1994, p. 796.

⁹³³ GUGLIELMI, Introduction... *op. cit.*, p. 157.

⁹³⁴ *Ibidem*, p. 317.

continuada do ato e não apenas para o início da prática do ato”,⁹³⁵ qualificando-se a autorização integrativa como autêntico negócio jurídico. Aqui pode surgir a interessante questão da operação de *depeçage contratual*: mantém-se a natureza não negocial do elemento autorizativo, mas o conjunto do ato é qualificado como um negócio (unilateral ou contratual, a depender dos elementos que forem integrados na autorização). Vale dizer: há uma autonomização da declaração de autorização para efeitos de incidência de diferentes regimes jurídicos, fazendo surgir uma autorização condicional – não da oficialização do ato (que produz seus efeitos), e sim de sua continuidade.⁹³⁶ Condiciona-se não tanto a *obtenção* da autorização, e sim sua *manutenção*.

Mais difundida na doutrina (nacional e estrangeira), dá conta do fenômeno com muita pertinência a classificação⁹³⁷ que aparta as autorizações em “autorizações operativas”, “autorizações de funcionamento” ou “autorizações em função de programação”, de um lado, e de outro as “autorizações por operação” ou “autorizações em função de controle”.

Para Juan Carlos CASSAGNE:

[...] a diferença não é puramente conceitual ou didática, mas se projeta sobre as relações entre o particular e a administração. Nas autorizações por operação, o poder desta última se esgota com a emissão do ato, não dando, salvo previsão expressa em contrário, origem a nenhum vínculo posterior com o administrado. Ao revés, nas autorizações de funcionamento há uma vinculação permanente com a administração, com a finalidade de tutelar o interesse público, admitindo-se [...] a possibilidade de modificação do conteúdo da autorização para adaptá-lo, constantemente, à dita finalidade, durante todo o tempo em que a atividade autorizada seja exercida.⁹³⁸

A importância da distinção, como ditam GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, está na “distinta natureza das relações que através de cada uma delas se estabelecem entre a Administração e o sujeito autorizado”. Assim, a autorização por operação ou autorização de controle se propõe unicamente a controlar negativamente a atividade autorizada, submetendo-a a certos limites, de sorte que a relação entre o poder público é “episódica e não cria nenhum vínculo

⁹³⁵ VASCONCELOS, A Autorização... *op. cit.*, p. 255.

⁹³⁶ *Ibidem*, p. 256-257.

⁹³⁷ Classificação essa que não retira a validade de outras classificações eventualmente existentes, eis que, conforme García de Enterría e Fernandez, todos os critérios se combinam de uma ou outra maneira e “contribuem para definir, assim combinados, o regime jurídico de cada autorização em concreto” (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, Curso... *op. cit.*, v. II, p. 123,

⁹³⁸ CASSAGNE, La intervención... *op. cit.*, p. 81.

estável entre as partes”. De outra banda, a autorização operativa, sem renunciar a essa função primária de controle, que também canaliza, “pretende ir mais além dela, disciplinando e orientando positivamente a atividade do seu titular na direção previamente definida por planos ou programas setoriais”.⁹³⁹ As autorizações operativas, portanto, fazem surgir uma relação permanente entre a Administração e o sujeito autorizado, com vistas a proteger o interesse público frente às circunstâncias que podem surgir ao passar do tempo.

É por essa característica que os autores inscrevem as autorizações operativas no esquema dos “atos-condição” de Duguit, visto constituírem “títulos jurídicos que colocam o administrado numa situação impessoal e objetiva, definida abstratamente pelas normas em cada caso aplicável e livremente modificáveis”, ou seja, uma situação legal e regulamentar. As autorizações, enquanto títulos de constituição de um *status complexo*, adquirem alto relevo organizativo, situando-se nas “fronteiras que separam o *genus* autorizatório do esquema concessório propriamente dito”.⁹⁴⁰ Para os autores, essas características das autorizações operativas afastam inclusive a importância da discussão acerca da natureza discricionária ou vinculada das autorizações: o que importa sublinhar não é tal dado, e sim “a distinta posição em que a Administração se encontra em um ou outro caso e a diferente amplitude dos poderes que pode por em jogo”.⁹⁴¹

Há autores, no entanto, que criticam a postura metodológica de García de Enterría/Fernández, como é o caso de Ramon PARADA. Para o autor, quando se estabelece sobre uma autorização uma relação duradoura e legitimadora de novas formas de intervenção (ou seja, quando a autorização servir como “título de intervenção” para originar um “relacionamento jurídico continuativo”), está-se fazendo passar por autorizações pressupostos de concessão, confundindo-se a autorização (enquanto técnica para remoção de limites) com outras técnicas limitativas ou intervenções administrativas *posteriores* sobre a atividade autorizada, que constituem atos administrativos independentes da autorização inicial, ainda que a tenham por pressuposto. Tais atos encontram legitimação não na autorização, e

⁹³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, Curso... v. II, *op. cit.*, p. 126-127.

⁹⁴⁰ *Ibidem*, p. 128. Villar Palasí concorda com a afirmação, expondo que o incremento do intervencionismo, especialmente na atividade econômica, contribui para a fulminação das fronteiras entre concessão e autorização, dando como exemplo o caso da autorização industrial (VILLAR PALASÍ, J. L. **La intervención administrativa en la industria**. T. I. Madri: IEP, 1964, p. 303 e seguintes).

⁹⁴¹ *Ibidem*, p. 128-129.

sim em outras potestades que a lei reconhece. Para o autor, destarte, “fazer descansar sobre uma simples autorização toda a ampla panóplia de técnicas interventoras parece excessivo”, pois mascara na autorização “técnicas interventoras que requerem uma análise e um juízo separado”.⁹⁴²

A mesma postura crítica com relação à categoria das autorizações operativas é manifestada por LAGUNA DE PAZ, para quem estas oferecem uma “racionalização jurídica escassa”, sem contar a dúvida de que sejam estas autênticas autorizações, eis que se situam mais propriamente numa zona intermediária (inclusive, aproximando-se mais da concessão). Para o autor, a categoria das autorizações operativas talvez até sirva para sublinhar a existência de “atividades sujeitas a uma regulação particularmente estrita”, sendo evidente que nem todas as normas incidem com a mesma intensidade sobre as atividades privadas. Contudo, para destacar essa intensidade, não seria ajustado falar em uma nova categoria de autorizações, que “alimenta uma tendência expansiva dos poderes da Administração”. Reitera que todas as autorizações possuem uma identidade substancial, que as separa das concessões: trata-se da livre iniciativa e liberdade de empresa que impedem que o Estado dirija a atuação privada.⁹⁴³

De outro lado, Rafael Caballero SÁNCHEZ considera correta a classificação. Acerca das autorizações operativas, aduz que estas têm “um perfil mais conformador ou integral, outorgando a seu titular toda uma condição ou status, que se sujeita a um regime jurídico mais ou menos completo”. Trata-se de autorizações próprias dos mercados regulados, ou seja, dos setores que “um dia foram reservados à Administração”, mas que posteriormente “se abriram à concorrência mediante uma ordenação especial”, e nos quais se faz necessário um “título habilitante específico para participar, o qual supõe o reconhecimento de uma série de direitos e obrigações, que definem toda uma posição jurídica, e cujo exercício será seguido por parte do legislador”.⁹⁴⁴

Deve-se anotar que Rafael Caballero SÁNCHEZ utiliza como sinônimo para a expressão “autorização operativa” a denominação adotada no presente trabalho, ou seja, “autorização regulatória”, eis que, para o autor, ditas autorizações devem ser compreendidas como técnicas de regulação, consoante acima argumentado, e

⁹⁴² PARADA, Derecho Administrativo, *op. cit.*, p. 450.

⁹⁴³ LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 61; 65-66.

⁹⁴⁴ SÁNCHEZ, Las técnicas... *op. cit.*, p. 48.

bem assim inscritas dentro de uma “panóplia de medidas” que possuem grande variedade, tanto do ponto de vista formal quanto material.⁹⁴⁵ Ainda que o cenário europeu parta da premissa da titularidade privada das atividades alvo das autorizações regulatórias, trata-se de raciocínio que se adequa, com as devidas adaptações, ao caso brasileiro.

Sob a mesma óptica, MORELL OCAÑA prefere falar em “autorizações de trato instantâneo” e “autorizações de trato sucessivo”. Anota que, nas autorizações de *trato sucessivo*, o particular desempenha um tipo de atividade “na qual o interesse público tem uma presença permanente; e isso gera o nascimento de algumas faculdades administrativas de intervenção”, as quais têm por objeto adequar a atuação privada às exigências do interesse público, instaurando-se uma *relação de sujeição especial* na qual se instala o particular autorizado.⁹⁴⁶ Para o autor, tais autorizações são “fonte de poderes e faculdades administrativas que não se fundamentam nos poderes gerais de polícia administrativa, senão na própria situação de *supremacia especial* gerada pela autorização.”⁹⁴⁷

Fala-se, assim, que as autorizações operativas criam uma *relação especial de sujeição* ao particular, instaurando entre ele e a administração uma relação jurídico-pública, sobre a qual a Administração projeta todas suas potestades e privilégios – que, para LAGUNA DE PAZ, somente poderiam ser de *controle*, mas não de *direção* da atividade, que é privada.⁹⁴⁸

Pedro GONÇALVES e Licínio LOPES também encaram a temática ora exposta:

Este novo quadro condicionante da disciplina jurídica da iniciativa econômica privada pode mesmo implicar uma revisão de algumas figuras dogmáticas tradicionais, ou pelo menos uma alteração do seu regime, designadamente dos procedimentos de autorização ou de licenciamento das atividades, impondo-se o abandono da concepção tradicional do ato autorizativo, enquanto instrumento jurídico que apenas remove limites ao exercício de direitos pré-existentes dos particulares, para assumir também uma função jurídica prescritiva ou conformadora do exercício da atividade ou do direito.⁹⁴⁹

⁹⁴⁵ *Ibidem*, p. 61-63.

⁹⁴⁶ MORELL OCAÑA, Curso... t. I, *op. cit.*, p. 70-71.

⁹⁴⁷ *Ibidem*, p. 167.

⁹⁴⁸ LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 269.

⁹⁴⁹ GONÇALVES; LOPES, Os Serviços Públicos... *op. cit.*, p. 309.

E prosseguem afirmando que “para traduzir este novo ambiente regulador da atividade econômica privada fala-se em *autorizações abertas* a uma regulação contínua ou permanente das situações jurídico-administrativas”, de modo que o ato autorizativo “não fixa de uma vez por todas o quadro jurídico da situação, estando, pelo contrário, sujeito a uma permanente adaptabilidade as novas circunstâncias de direito e de fato”. O ato autorizativo passa, então, a ser “permeável à consideração de novas circunstâncias ou exigências de interesse público”. Desse quadro se extrai que os efeitos do ato autorizativo não se esgotam no momento da sua prática, “funcionando antes como um instrumento regulador do exercício da própria atividade ou do direito cujo exercício foi permitido, desencadeando, deste modo, uma relação continuada entre a Administração e o particular”, de sorte que “a sujeição de certas atividades econômicas ao regime descrito encontra a sua justificação não na própria atividade *qua tale*, mas na consideração de interesses públicos”.⁹⁵⁰

Vasco Manuel Pereira da SILVA, ao tratar do fenômeno sob a já referida expressão dos *atos favoráveis* (constitutivos de direitos aos particulares, em contraposição aos tradicionais atos desfavoráveis – como eram os atos de polícia tradicionalmente concebidos), afirma que o ato administrativo “deixou de ser visto apenas como uma agressão da esfera individual”, e passou a ser visto também como “instrumento de satisfação de interesses individuais”, visto que o particular passa a esperar da Administração não apenas o reconhecimento de seus direitos, mas a “atribuição de direitos novos, ou a prestação de bens ou serviços” e, uma vez conquistada, pretende vê-la garantida.⁹⁵¹ Adiante, anota que a crescente complexidade da Administração Pública fez resultar uma “alteração da função do ato administrativo”, que não mais se volta apenas à “regulação definitiva da situação do particular, enquanto manifestação final e isolada da vontade da Administração”, mas visa igualmente “ir conformando, ao longo do tempo, as relações jurídicas administrativas”.⁹⁵²

Conforme LAGUNA DE PAZ, uma das consequências da autorização é, justamente, a criação de uma situação jurídica protegida para seu titular, manifestada no regime dos atos favoráveis.⁹⁵³ Nessa linha, afirma Gladys Vásquez

⁹⁵⁰ *Ibidem*, p. 310-311.

⁹⁵¹ SILVA, Em busca... *op. cit.*, p. 100-101.

⁹⁵² *Ibidem*, p. 461.

⁹⁵³ LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 67. Sobre a relação especial de sujeição, aprofundar em: LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 266-269; FRANCHINI, Flaminio. **Le**

FRANCO que a nova “geração” de autorizações propicia o surgimento de uma “relação de caráter continuado entre a entidade autorizante e o sujeito autorizado, o que se dá em razão da importância da atividade autorizada, cuja realização se estende no tempo e compromete interesses públicos e gerais”.⁹⁵⁴

A classificação das autorizações operativas/de funcionamento é reproduzida no Brasil. Conforme SUNDFELD, no caso da autorização por operação, “realizada a operação, esgota-se o conteúdo do ato”, sendo que o contrário ocorre nas autorizações de funcionamento.⁹⁵⁵ A seu turno, para GROTTI, nas autorizações operativas a relação jurídica entre o particular autorizado e a Administração “não é, como exigiria a tese clássica da autorização, uma relação de trato instantâneo, mas é de trato sucessivo, de caráter permanente”.⁹⁵⁶ A expressão “autorização operativa” é adotada expressamente por Alexandre ARAGÃO, para designar as autorizações referidas no art. 21 da CF/88.⁹⁵⁷

Sob outra perspectiva, Paulo MODESTO aduz que as atividades referidas no art. 21 da Constituição e submetidas a uma autorização não constituem, rigorosamente, atividades de serviço público, e sim “atividades privadas submetidas a *autorizações modais*, isto é, autorizações condicionadas ao atendimento de específicas obrigações de natureza pública”.⁹⁵⁸ Na sequência, afirma que “obrigações tradicionalmente consideradas como *obrigações de serviço público* podem ser autonomizadas e aplicadas a situações variadas”, independentemente de a ordem jurídica considerar tais atividades como serviços públicos ou não.⁹⁵⁹

Para Sara Jane de FARIAS, “na autorização vinculada o consentimento é dinâmico, pois podem ser incorporadas pela via da regulação novas orientações ou comandos para o desenvolvimento da atividade”, de sorte que é a regulação que irá

autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'amministrazione e i privati. Milão: Giuffrè, 1957, p. 16 e seguintes.

⁹⁵⁴ FRANCO, Gladys Vásquez. **La Concesión Administrativa de Servicio Público.** Bogotá: Temis, 1991, p. 45-47.

⁹⁵⁵ SUNDFELD, Direito Administrativo Ordenador, *op. cit.*, p. 50.

⁹⁵⁶ GROTTI, O Serviço Público... *op. cit.*, p. 123.

⁹⁵⁷ ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos... *op. cit.*, p. 203.

⁹⁵⁸ MODESTO, Reforma do Estado... *op. cit.*, p. 451, nota de rodapé. Disso resulta a possibilidade de a Administração inserir nas autorizações administrativas elementos que a doutrina denomina de “modos”. Conforme Renato Alessi, o “modo” é um instituto de uso frequente nas autorizações e concessões, nas quais “a lei sugere à Administração a imposição de cláusulas e prescrições particulares idôneas à situação concreta” (ALESSI, Principi... *op. cit.*, p. 379).

⁹⁵⁹ *Ibidem*, p. 455. O autor prossegue adiante, afirmando ser constatável no Brasil, tal como na Europa, uma tendência de “autonomizar as obrigações de serviço público, que podem comparecer em bloco nas atividades de serviço público, mas também reger, de forma obrigatória, em termos parciais, outras atividades de interesse público” (*Ibidem*, p. 470).

determinar o conteúdo das autorizações, estabelecendo-se o perfil do serviço público em questão, em consonância com a política pública criada para o setor econômico específico.⁹⁶⁰ Daí, conclui:

A distinção entre autorização de polícia e autorização de serviço público reside na relação entre a Administração e o particular. Na autorização de polícia, caracterizada por ser um ato administrativo unilateral e discricionário, o poder da Administração se esgota com a emissão do ato, não ensejando nenhum vínculo posterior com o administrado [...]. Nas autorizações de serviço público [...], há uma vinculação permanente com a Administração, com a finalidade de tutelar o interesse público, admitindo-se a possibilidade de modificação de seu conteúdo para adaptá-lo à finalidade pública, durante todo o tempo em que a atividade autorizada seja exercida.⁹⁶¹

Colhe-se de Bernardo GUIMARÃES:

Usualmente, a autorização é tida como fruto do exercício de competências de polícia, caracterizando-se pela discricionariedade na sua concessão unilateral e pela sua precariedade. Contudo, o entendimento tradicional acerca do tema tem causado grande celeuma quando aplicada em relação às atividades privadas reguladas, em especial, aquelas que exigem grandes aportes de capital e induzem a relações de trato sucessivo entre o Estado e particular. [...] As autorizações nestes campos não têm por escopo apenas admitir que o particular venha a desenvolver algo que sem ela, não poderia fazer por conta de restrições decorrentes do poder de polícia. As autorizações são instrumentos jurídicos neste caso destinados a possibilitar a efetiva adequação da atividade às patuás julgadas conformes pela Administração. Não se cuida de um ato episódico que uma vez praticado relegará o particular à sua própria sorte e, sim, cuida-se de ato de conteúdo regulamentar que visa a disciplinar a atuação do agente privado dentre de um mercado em que se julga necessário atingir fins que não garantidos pelo seu funcionamento ordinário.⁹⁶²

Por fim, raciocina Egon Bockmann MOREIRA que a autorização referida no art. 21 da CF é muito mais densa do que as tradicionais autorizações de polícia, porquanto “instala complexo de prestações e deveres para ambas as partes – de execução por parte do autorizado e de supervisão por parte do autorizador”.⁹⁶³ Prossegue:

Se a autorização clássica apenas torna possível o exercício de um direito, em sede de serviços públicos a autorização obriga ao exercício do direito que é outorgado pela Administração. Essa criação de nova situação jurídica (que antes não existia e que deixará de existir quando extinta a autorização)

⁹⁶⁰ FARIAS, Regulação jurídica... *op. cit.*, p. 39; 198.

⁹⁶¹ *Ibidem*, p. 121.

⁹⁶² GUIMARÃES, Da regulação... *op. cit.*, p. 90-91.

⁹⁶³ MOREIRA, Direito das Concessões... *op. cit.*, p. 69.

é emanada sob regime de direitos, deveres estatutários e obrigações contratuais derivadas do ato administrativo autorizador.⁹⁶⁴

Após ressaltar a carga constitutiva de referidas autorizações, constata MOREIRA ser por esse fator que elas “*autorizam*, mas igualmente *obrigam*”.⁹⁶⁵ Nessa óptica, ressalta-se a natureza *mandamental* das autorizações do art. 21 da CF, na medida em que habilitam o particular a prestar atividades de titularidade estatal e, portanto, a atuar sob a vigilância constante do Estado.

A questão do relacionamento entre a Administração e o particular por decorrência da emissão da autorização não é puramente doutrinária, ecoando na práxis regulatória das Agências brasileiras. A título de exemplificação, a Resolução n. 199/2002-ANEEL, que autoriza a COSIPA – Companhia Siderúrgica Paulista – a estabelecer-se como autoprodutora de energia elétrica, contém as seguintes regras:

Art. 2º Constituem obrigações da autorizada:

- I – cumprir e fazer cumprir as normas pertinentes à autoprodução de energia elétrica, respondendo perante a ANEEL, usuários e terceiros, pelas consequências danosas decorrentes da exploração da central geradora termelétrica;
- II – efetuar o pagamento, nas épocas próprias definidas pela ANEEL, da Taxa de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica, nos termos da legislação específica;
- III – celebrar os contratos de uso e de conexão dos sistemas de transmissão e distribuição para atendimento eventual da carga quando da indisponibilidade da geração, nos termos da legislação e normas específicas;
- IV – submeter-se à fiscalização da ANEEL;
- V - organizar e manter permanentemente atualizado o cadastro de bens e instalações da central geradora termelétrica, comunicando à ANEEL qualquer alteração das características de suas unidades geradoras;
- VI - manter em arquivo, à disposição da fiscalização da ANEEL, todos os estudos, projetos, registros operativos e de produção de energia elétrica;
- VII - observar e cumprir a legislação ambiental e de recursos hídricos, providenciando as licenças correspondentes;
- VIII – submeter-se a toda e qualquer regulamentação de caráter geral existente ou que venha a ser estabelecida pela ANEEL, especialmente aquelas relativas à autoprodução de energia elétrica; e
- IX – comunicar à ANEEL, em caso de transferência de controle acionário da empresa ou mudança da razão social da mesma, para fins de averbação nos registros de autorizações.

As obrigações são ainda mais extensas no caso de autorização para produção independente de energia elétrica, consoante se extrai da Portaria n.

⁹⁶⁴ *Ibidem, idem.*

⁹⁶⁵ *Ibidem, p. 67.*

741/2010-MME, art. 3º. Em verdade, trata-se de uma redação um tanto quanto padrão de atos de outorga de autorizações no setor elétrico, conforme ANEXO III do Edital de Leilão n. 07/2010-ANEEL.⁹⁶⁶

Bastante incisivos são os condicionamentos a que estão submetidos os autorizatários no setor de telecomunicações. Por exemplo, o Termo de Autorização n. 723/2012-SPB-ANATEL, destacadamente cláusula 8ª, arrola vinte e dois incisos contendo obrigações da autorizada (afora outros dispositivos que também carregam obrigações). Chama a atenção, nesse aspecto, a cláusula 4ª de referido ajuste, na qual se impõe à autorizada a necessária submissão a certos princípios clássicos dos *serviços públicos* (regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e cortesia). Disposições semelhantes constam do Termo de Autorização n. 255/2003/SPB-ANATEL (telefone fixo local), 300/2003/SPB-ANATEL (telefone fixo longa distância nacional), e 256/2003/SPB-ANATEL (telefone fixo longa distância internacional). Mais atenuadas são as obrigações contidas no Termo n. 154/2006/SPV-ANATEL (comunicação multimídia de interesse coletivo).⁹⁶⁷

Ao contrário do que possa parecer de uma interpretação apressada de referidos termos de autorização, no entanto, a potestade regulatória do Estado, a despeito de atingir o *funcionamento* da atividade autorizada no ponto em que o constringe e o direciona a certas finalidades (daí a adequação da expressão “autorizações operativas” para tratar do caso), encontra na própria LGT limitações importantes:

Art. 128. Ao impor condicionamentos administrativos ao direito de exploração das diversas modalidades de serviço no regime privado, sejam eles limites, encargos ou sujeições, a Agência observará a exigência de mínima intervenção na vida privada, assegurando que:

- I - a liberdade será a regra, constituindo exceção as proibições, restrições e interferências do Poder Público;
- II - nenhuma autorização será negada, salvo por motivo relevante;
- III - os condicionamentos deverão ter vínculos, tanto de necessidade como de adequação, com finalidades públicas específicas e relevantes;
- IV - o proveito coletivo gerado pelo condicionamento deverá ser proporcional à privação que ele impuser;
- V - haverá relação de equilíbrio entre os deveres impostos às prestadoras e os direitos a elas reconhecidos.

Reverberando essa tendência, no setor de portos, a novel legislação impôs relevante condição para a manutenção das autorizações no art. 8º, §2º:

⁹⁶⁶ Informações disponíveis no sítio eletrônico da agência: www.aneel.gov.br.

⁹⁶⁷ Informações disponíveis no sítio eletrônico da agência: www.anatel.gov.br.

A autorização de instalação portuária terá prazo de até 25 (vinte e cinco) anos, prorrogável por períodos sucessivos, desde que:

I - a atividade portuária seja mantida; e

II - o autorizatário promova os investimentos necessários para a expansão e modernização das instalações portuárias, na forma do regulamento.

Fica evidente, portanto, que a carga mandamental que envolve o regime jurídico de prestação da atividade autorizada, derivada do caráter constitutivo da autorização, transmuta uma vez mais a natureza das autorizações regulatórias, na medida em que instala uma *relação especial* entre Poder Público (titular da atividade) e privado autorizado, relação esta que permite a incidência de específica regulação estatal com vistas a conformar e conduzir a atuação do privado nos moldes do que o Estado entenda pertinente.

Destarte, nas autorizações regulatórias, a Administração Pública – dona, afinal, da atividade autorizada – detém poderes não só de *polícia econômica*,⁹⁶⁸ mas mais que isso, de *política econômica*,⁹⁶⁹ que tornam a relação com o particular autorizado uma relação constante, permanente e profunda. Não se trata, aqui, de verificar episodicamente a atuação do privado; trata-se de, permanente e constantemente, fiscalizar a atuação privada e inclusive conduzir a forma como se dará a prestação dos serviços – o que se dá mediante atuação regulatória. A Administração, titular da atividade em questão, detém poderes muito mais extensos e profundos sobre a atuação do privado – conferidos, como acima visto, pela própria legislação setorial. Trata-se, corroborando a conclusão do tópico anterior, de nítida função regulatória, e não de mera polícia, eis que como bem constatado por ARIÑO ORTIZ, a regulação “não apenas limita ou condiciona externamente o exercício da atividade, mas a configura internamente”.⁹⁷⁰

Nesse caminho, brilhantes os apontamentos de Vasco Pereira da SILVA, ao abordar aquela que denomina de “Administração Infraestrutural” ou “Administração de Infraestruturas”, em substituição à Administração agressiva (do Estado liberal) e

⁹⁶⁸ Esta de certa forma reconduzível à polícia administrativa enquanto gênero (MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Económico**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 294-295).

⁹⁶⁹ Diferenciação entre a “polícia econômica” e a “política econômica” é brilhantemente exposta por Laubadère. De acordo com o autor, enquanto a polícia econômica representa a modalidade de intervenção estatal típica do liberalismo (uma intervenção episódica, circunstancial, que visava remediar crises), a política econômica liga-se à intervenção estatal do pós-guerra, traduzindo “um desejo de exercer uma *ação sobre a economia*”, não mais circunstanciais, e sim prosseguindo um intento econômico – daí a noção de “economia orientada” apresentada pelo autor (LAUBADÈRE, *Direito Público Económico*, *op. cit.*, p. 54-55).

⁹⁷⁰ ARIÑO ORTIZ, *La liberalización...* *op. cit.*, p. 17.

prestadora (do Estado social), que se configura como uma Administração planejadora, conformadora da realidade social.⁹⁷¹ Nessa estrutura, extravasam-se os esquemas tradicionais de ação administrativa, e o ato administrativo deixa de ser apenas uma “fotografia instantânea”⁹⁷² para se inscrever num quadro mais amplo, procedimentalizado, dentro do qual se intensifica o “caráter duradouro das relações administrativas”, em que, “em vez de uma atuação pontual e singularizada, [...] o relacionamento entre os privados e as autoridades administrativas prolonga-se cada vez mais no tempo, adquirindo durabilidade e estabilidade”.⁹⁷³

É claro que mesmo nas autorizações de polícia a Administração Pública não se limita ao momento inicial de emissão do ato autorizatório, detendo a prerrogativa (derivada do poder de polícia) de, periodicamente, avaliar a regularidade da atuação do privado. Contudo, mesmo esse fator não elide a constatação acima, visto que a atuação administrativa de polícia, ainda que possa ser periódica, não deixa, por isso, de ser pontual, momentânea – noutras palavras, episódica. A Administração afere a regularidade da atuação do privado, renova a autorização/licença, e se abstém.

Nas autorizações regulatórias, ao revés, a Administração está constantemente aferindo a regularidade da atuação do privado, alterando-a e conduzindo-a, e nunca se abstém de regular a atividade em questão – afinal, lembre-se, é o Poder Público quem explora a atividade mediante autorização, nos termos do art. 21 da CF, e a outorga aos privados não afasta sua responsabilidade de garantia – coisa que não acontece nas atividades submetidas às autorizações do art. 170, parágrafo único da Constituição.

Ante ao exposto, é possível concluir, com VILLAR PALASÍ, que a teoria tradicional da autorização administrativa, que *prima facie* parece puramente lógica e com validade universal, “choca diretamente com nossa normativa em pontos de detalhe”; daí porque a doutrina clássica da autorização não mais serve com plenitude no Brasil, assim como, para o autor, não serve na Espanha.⁹⁷⁴

Retomando as conclusões parciais da Parte 2, acima, segue-se com Egon Bockmann MOREIRA, que indaga:

⁹⁷¹ Sobre a denominada “Administração de Infraestruturas”, cf.: SILVA, Em busca... *op. cit.*, p. 122 e seguintes.

⁹⁷² A expressão é de BACHOF *apud* SILVA, Em busca... *op. cit.*, p. 119.

⁹⁷³ *Ibidem*, p. 133.

⁹⁷⁴ VILLAR PALASÍ *apud* LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 123-124.

[...] precisamos interpretar o art. 21, al. “f”, da Constituição brasileira a partir da doutrina francesa – ou brasileira – dos serviços públicos? Ou, por outro lado, para a interpretação desse dispositivo é necessária a submissão ao conceito acadêmico clássico de “autorização”? Ou a Constituição, ela mesma, permite a construção de outra norma, oriunda de sua própria leitura?⁹⁷⁵

Após revolver o conceito tradicional de autorização, decorrente do antigo poder de polícia e consagrada no art. 170, parágrafo único da Constituição, conclui tratar-se de “um belo e precioso conceito tradicional, oriundo do século XIX, mas impróprio para todo o Direito Administrativo deste século XXI”; afinal de contas, “não parece existir qualquer razão constitucional para que se leia o termo ‘autorização’ apenas sob a óptica estrita do Estado Liberal oitocentista”. Por isso, para o autor, somente as autorizações de polícia, e não as outras, podem ser compreendidas como atos administrativos discricionários, unilaterais e precários, que facultam ao particular o exercício de atividades no domínio econômico privado.⁹⁷⁶ Remata:

Estamos a falar de qualquer coisa, menos das autorizações previstas no art. 21 da Constituição – que se dirigem ao setor público da economia. E porque dirigidas ao setor público, permitem a inserção da pessoa privada nesse setor econômico, constituindo um dos títulos jurídicos que a habilitam a explorar determinada atividade econômica de reserva pública. Por isso que são autorizações constitutivas, não declaratórias, com forte carga mandamental.⁹⁷⁷

As ponderações do autor, condizentes com tudo quanto se expôs até aqui, são irretocáveis.

4. ASPECTOS POLÊMICOS DAS AUTORIZAÇÕES REGULATÓRIAS: NOVOS DESAFIOS PARA NOVOS CENÁRIOS

Ao cabo da presente pesquisa, parece devidamente assentada a peculiaridade das autorizações regulatórias em cotejo com as autorizações de polícia. Em assim sendo, é evidente que as autorizações regulatórias, dotadas de

⁹⁷⁵ MOREIRA, Exploração privada de portos... *op. cit.*, p. 4.

⁹⁷⁶ *Ibidem*, p. 7.

⁹⁷⁷ *Ibidem*, p. 8. Nessa esteira, no ordenamento comunitário Albi diferencia as “autorizações regulamentadas” das tradicionais em quatro aspectos: (i) controle positivo (regulamentadas) x controle negativo (tradicionais); (ii) interesse individual (tradicionais) x interesse sócio-econômico, devido à prestação da atividade se dar à coletividade (regulamentadas); (iii) riscos individuais (tradicionais) x perigo social (regulamentadas); (iv) autorizado paga à Administração (tradicionais) x usuários pagam o preço (regulamentadas) (*apud* LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 62).

especificidades, merecem hermenêutica particular, devendo ser interpretadas e aplicadas conforme sua singularidade reclama.

De tal quadro exsurgem diversos aspectos que têm desafiado a doutrina e despertado inúmeras polêmicas. No presente momento, apenas alguns deles serão apresentados, e, ainda assim, de forma superficial: devido à ainda parca literatura levantada sobre os temas, as páginas seguintes, longe de esgotá-los, servem simplesmente para demonstrar a enorme fertilidade do solo em que germinam as autorizações regulatórias.

4.1. Autorizações regulatórias e licitação

Diverge a doutrina acerca da exigência ou não de se realizar prévio procedimento licitatório para a outorga das autorizações regulatórias. A questão demonstra de forma plena que o surgimento das autorizações regulatórias reclama o desvelar de temas antes não enfrentados no âmbito das autorizações administrativas, na medida em que não há o mínimo sentido em exigir a realização de licitação para a emissão de autorizações de polícia, dado que nestas a Administração não está franqueando ao particular a exploração de uma atividade pública.

No que diz respeito às autorizações regulatórias, no entanto, trata-se de instrumento de efetiva outorga, ao privado, do direito de explorar atividades públicas – consoante linha aqui defendida –, o que faz surgir a séria questão da necessidade ou não de prévia licitação para sua expedição.

Como era de se esperar, os posicionamentos doutrinários estão intimamente relacionados à compreensão que cada doutrinador possua acerca da natureza jurídica da atividade autorizada, com fulcro no que se expôs no início desta Parte 3.

Assim, para Celso Antônio Bandeira de MELLO, a licitação é requisito indispensável para a outorga de autorizações:

Independentemente da interpretação do termo “autorização” no art. 12, XI e XII, um ponto não pode suscitar dúvida alguma: o de que o Texto Magno impõe a licitação como regra para que alguém, que não o Poder Público, desempenhe serviço público. Com efeito, nenhum intérprete assinado sufragaria a intelecção de que se o Poder Público, ao invés de valer-se da concessão ou permissão mencionadas do art. 175 como formas de outorga do serviço a terceiros, fizesse uso da autorização fícaria, em casos que tais, liberado do dever de licitar, ressalvada a mencionada hipótese de situação emergencial e transitória [...]. Deveras, jamais seria de admitir que a

“autorização” pudesse significar uma porta escancarada para que o Poder Público se livrasse do dever constitucional de tratar a todos com isonomia, do qual o instituto da licitação é uma aplicação concreta.⁹⁷⁸

O autor, a seguir, afirma que apenas haveria que se falar em outorga de autorização sem licitação nos casos em que tal se prestar a atender a “interesses específicos empresariais” do titular, ou seja, em decorrência do caráter privado da atividade autorizada (dá o exemplo dos terminais portuários autorizados – no regime da lei antiga – e da autorização de energia elétrica, que em sua concepção somente serve para o que o autorizado possa “produzir energia elétrica exclusivamente para alimentar a própria ou as próprias indústrias”).⁹⁷⁹ Ou seja: o autor entende ser necessária a realização de licitação quando se estiver diante da autorização para “serviços públicos emergenciais”; no que concerne à autorização para prestação de atividades de interesse restrito do particular, entende dispensável a realização do procedimento.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, em sentido semelhante, entende que a autorização “não depende de licitação, porque, sendo o serviço prestado no interesse exclusivo ou predominante do beneficiário, não há viabilidade de competição”.⁹⁸⁰

Entretanto, não se pode endossar tal linha de entendimento, por uma razão bastante simples: as autorizações regulatórias, conforme previstas nas legislações setoriais a partir da década de 90 do século XX, não se restringem ao proveito próprio do particular autorizado.

Tendo isso em mente, para Alexandre ARAGÃO, caso a autorização tenha como objeto um “bem escasso, ou seja, caso haja uma limitação do possível número de autorizatários, a Administração Pública deveria [...] realizar processo seletivo prévio, objetivo, público e igualitário”.⁹⁸¹ Interessante que o autor assim raciocine, considerando que, na posição por ele defendida, a autorização serve para atividades econômicas privadas, ainda que afetadas a interesses coletivos.

⁹⁷⁸ MELLO, Concessão de serviço público e autorização... *op. cit.*, p. 364.

⁹⁷⁹ *Ibidem*, p. 366-367.

⁹⁸⁰ DI PIETRO, Direito Administrativo, *op. cit.* p. 303.

⁹⁸¹ ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos... *op. cit.*, p. 695, nota de rodapé. Na Itália, Fabrizio Fracchia entende ser legítima a exigência de procedimento licitatório para escolha do autorizatário nos casos em que há limitação no número de possíveis prestadores (FRACCHIA, Autorizzazione... *op. cit.*, p. 142-143). Em Portugal, há expressa previsão de realização de procedimento concursal para a emissão de licenças, consagrado no art. 13 do Decreto-Lei n. 172/2006.

O Superior Tribunal de Justiça, versando acerca do transporte de passageiros, foi partidário dessa linha:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - ADMISSIBILIDADE. OUTORGA DE AUTORIZAÇÃO PARA A EXPLORAÇÃO DE LINHA RODOVIÁRIA. LICITAÇÃO. AUSÊNCIA.

[...]

2. O transporte coletivo de passageiros nas rodovias federais é um serviço público, competindo à União explorá-lo diretamente ou outorgar sua execução, mediante autorização, concessão ou permissão, a teor do que dispõe o art. 21, XII, "e", e art. 175 da Constituição Federal, conforme conveniência e necessidade. A implantação de nova linha de transporte, bem como qualquer alteração referente à linha ou à prestação do serviço por empresa de ônibus deverá sempre ser precedida de licitação.

3. É inaplicável o art. 42, § 2º, da Lei 8987/95 aos casos em que o transporte, originariamente efetivado não tem lastro legislativo, posto ser concedido a título precário, com prazo vencido ou indeterminado, senão outorgado sem forma ou figura de direito público.

4. Recurso Especial provido.⁹⁸²

Entendimento diverso é manifestado por Hely Lopes MEIRELLES que, ao considerar a autorização um ato discricionário, encara como dispensável a realização de licitação para sua outorga, ainda que conceba a possibilidade de que esta ocorra. Nas palavras do autor: “sendo uma modalidade de delegação discricionária, em princípio, não exige licitação, mas poderá ser adotado para escolha do melhor autorizatário qualquer tipo de seleção”.⁹⁸³

Mais categórico, Floriano de Azevedo MARQUES NETO afirma que “por qualquer linha de entendimento que se adote, parece-me que descabe falar na obrigatoriedade de realização para outorga do direito de exploração do potencial hidrelétrico [...]”. E remata: “problema algum vejo em que a autorização – como é regra no setor elétrico – seja outorgada em favor de quem já cumpriu os requisitos legais e regulatórios e não seja condicionada a uma prévia licitação”.⁹⁸⁴

Endossando essa postura, Egon Bockmann MOREIRA pondera, versando sobre a nova lei dos portos:

Note-se bem: não é o art. 21, quando imputa tais atividades à União, que fala de “serviços públicos”. Não é o art. 21 que fala de “licitação”. Ambos são oriundos do art. 175, que correlaciona os conceitos de “licitação” e “serviços públicos” unicamente para os módulos contratuais da concessão e da permissão (e sua lei especial). A regra geral não é a de que haja sempre

⁹⁸² REsp 617.147/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/03/2005, DJ 25/04/2005, p. 232.

⁹⁸³ MEIRELLES, Direito Administrativo... 34.ed., *op. cit.*, p. 411.

⁹⁸⁴ MOREIRA NETO, Regime jurídico dos bens... *op. cit.*, p. 352-353.

licitações para a exploração de portos, nem que eles se caracterizem como serviços públicos: a Constituição reserva estas hipóteses para a sua execução por meio de concessões e permissões. Para ser mais exato, o legislador infraconstitucional somente tem a prerrogativa de estabelecer a licitação como um requisito no caso das permissões e concessões. Se o fizer para as autorizações, a lei será inconstitucional.⁹⁸⁵

Após segregar as concessões, permissões e autorizações, atribuindo às últimas plena autonomia constitucional e “dignidade equivalente”, remata: “onde se lê autorização portuária não está escrito ‘art. 175’; não está escrito ‘concessão e permissão’; não está escrito ‘licitação’; não está escrito ‘regime de serviço público’”.⁹⁸⁶ O autor reforça sua postura ao citar aresto do Tribunal Regional Federal da 4ª Região em que se decidiu ser válida a autorização para exploração de serviço portuário independentemente de licitação.⁹⁸⁷

Ao que nos parece, a melhor solução é esta última. Com base no texto constitucional, é lícito concluir que a exigência de realização de prévio procedimento licitatório para a outorga de serviços públicos não alcança a outorga de autorizações referidas no art. 21 da CF/88. Isso porque as autorizações não foram previstas no art. 175 da Constituição, ao lado das concessões e permissões e, bem assim, porque as atividades, quando submetidas à técnica autorizatória, não são qualificadas como serviços públicos. Inexiste problema algum, portanto, em que se

⁹⁸⁵ MOREIRA, Exploração privada dos portos... *op. cit.*, p. 5-6.

⁹⁸⁶ *Ibidem*, p. 6.

⁹⁸⁷ Trata-se da Apelação Cível nº 5013397-37.2011.404.7201/SC, Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Julg. 14/06/2012. O Acórdão, simploriamente ementado (“AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLORAÇÃO DE PORTOS MARÍTIMOS. ART. 21, XII, DA CF. INTERPRETAÇÃO EM CONSONÂNCIA AO ART. 175 DA CF”), contém, no entanto, rica fundamentação, a partir da qual se constatou “a validade da autorização para a exploração de serviço portuário, e a desnecessidade de licitação para essa autorização”. Do Acórdão extrai-se a brilhante passagem: “Quanto à concorrência com os portos organizados, parece-me que a abertura dos serviços portuários à livre iniciativa, ao invés de solapar a concorrência, a acirra, e isto me parece bom para o usuário (consumidor, se assim parece útil ao MPF) do serviço, que pode ter menor custo para seus produtos, no comércio interno ou externo, trazendo assim benefícios em vários espectros (concorrência internacional, preços mais acessíveis ao consumidor no mercado interno, etc). Friso que a atividade do empreendedor, como mencionei acima, não está imune à fiscalização do Poder Público.[...] Não se pode olvidar que o estado brasileiro vem passando por mudanças estruturais profundas, dada a reduzida capacidade de investimento estatal, solapado pelo serviço da dívida, pelo comprometimento das receitas com o funcionalismo, dentre outras obrigações e, deliberadamente, o Brasil vem delegando, à iniciativa privada vários serviços de sua titularidade, com arrimo constitucional, para fixar-se em atender alguns serviços e utilidades básicos para o atendimento da população. Querer o Judiciário intrometer-se nessa opção política da República Federativa do Brasil é ativismo judicial altamente reprovável. A República, aliás, tem na valorização da iniciativa privada como um de seus princípios fundamentais (note-se, artigo primeiro da CF), e antes de reprimir, há de se respeitar o empresário que, com recursos próprios ou captados com terceiros, mas a serem pagos às suas expensas, realiza investimento em infra-estrutura, sabidamente deficiente em nosso país”.

outorguem independentemente de licitação autorizações para exploração de potenciais energéticos, atividades de transporte e serviços de telecomunicações.

Para atender ao critério da isonomia, basta que as autorizações consubstanciem atos vinculados, ou, em caso de impossibilidade (técnica ou econômica) de expedição de tantas autorizações quantos forem os interessados, que se preveja – na legislação setorial – um mecanismo de seleção dos autorizatários, mecanismo esse que não se confundirá, certamente, com a licitação tal qual prevista pela Lei n. 8.666/93 (a Lei n. 9.472/97, por exemplo, prevê procedimento próprio nos artigos 88 a 92).

A discussão, no entanto, está longe de atingir consenso.

4.2. Autorizações regulatórias em âmbito estadual e municipal

Tema pouco debatido na doutrina atine à possibilidade ou não de Estados e Municípios lançarem mão de autorizações regulatórias para organizar serviços de sua titularidade.

Relembre-se que somente o art. 21 da Constituição, ao discriminar as competências da União, é que faz referência à autorização enquanto modalidade de outorga de atividades públicas a privados (há ainda o art. 223, mas tal dispositivo trata da radiodifusão e pode, portanto, ser reconduzido ao conteúdo do art. 21). Não menciona a Constituição Federal, ao elencar as competências materiais dos Estados (art. 25) e Municípios (art. 30), a figura da autorização.

Para Almiro do COUTO E SILVA, não há possibilidade de que Estados e Municípios lancem mão da autorização para outorgar serviços públicos (recorde-se que, para o autor, a atividade autorizada nos termos do art. 21 é serviço público). Sustenta que a autorização somente por ser utilizada pela União, eis que só para ela, e em hipóteses *numerus clausus*, a Constituição trouxe a previsão de referido instrumento. Os Estados e Municípios podem lançar mão da autorização nas demais hipóteses previstas pela Constituição (ou seja, a autorização de polícia); sendo que “[...] o que lhes está vedado é delegar a execução de serviços públicos mediante autorização”. Tal raciocínio coaduna-se perfeitamente com o posicionamento do autor, no sentido de que ao invés de ser um “cochilo” do legislador, a previsão da autorização somente no art. 21 (para a União, portanto), é um indício de que a *ratio*

legis foi a de “possibilitar maior flexibilidade à atuação *da União* em face de certas atividades econômicas de interesse coletivo”.⁹⁸⁸

Marcos Juruena Villela SOUTO sustenta entendimento contrário, de acordo com o qual nada impede que as Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais disponham sobre a utilização das autorizações, desde que observados os princípios que regem a Administração Pública, “já que a técnica de repartição de competências não enumerou os poderes destas entidades, como o fez com a União”.⁹⁸⁹ Complementa o autor:

[...] a técnica constitucional de partilha de competências envolve a enumeração dos poderes da União e a genérica atribuição dos assuntos de interesse local aos municípios, ficando o resíduo sob titularidade dos Estados; cabe, pois, às leis orgânicas dos municípios e às Constituições Estaduais tratar do tema nas respectivas unidades federadas.⁹⁹⁰

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, revendo posicionamento anterior,⁹⁹¹ sustenta atualmente que não há qualquer vedação, nem à União nem aos demais entes federativos, para, “no exercício de suas respectivas autonomias político-administrativas, disporem, como melhor lhes parecer, sobre os regimes que mais lhes convier para prestarem serviços públicos”, visto que na Constituição estão dispostos inúmeros regimes unilaterais para instrumentar a delegação de serviços públicos, como é o caso das autorizações.⁹⁹² Adiante, repisa que o legislador de qualquer nível político poderá optar pela instituição da autorização enquanto “modalidade de outorga unilateral e precária da execução de serviços públicos, [...] sem qualquer garantia de estabilidade contratual”.⁹⁹³ Esse acento na precariedade, todavia, parece-nos condenável.

Também para Sara Jane de FARIAS “a técnica constitucional de partilha de competências legitima a utilização da autorização pelos demais entes políticos”.⁹⁹⁴

De nossa parte, crê-se que o fato de o Constituinte de 1988 não ter previsto, para Estados e Municípios, a figura da autorização na prestação de serviços de titularidade pública, não impede que, a seu turno, as Constituições Estaduais e Leis

⁹⁸⁸ COUTO E SILVA, Privatização no Brasil... *op. cit.*, p. 459. Destacou-se.

⁹⁸⁹ SOUTO, Desestatização... *op. cit.*, p. 329.

⁹⁹⁰ *Ibidem*, p. 342.

⁹⁹¹ O autor anteriormente sustentava a impossibilidade de autorizações existirem “como instrumentos de prestação de serviços públicos nos Estados e Municípios” (MOREIRA NETO, *Mutações do Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 137).

⁹⁹² MOREIRA NETO, *Curso...* *op. cit.*, p. 312.

⁹⁹³ *Ibidem*, p. 484.

⁹⁹⁴ FARIAS, *Regulação jurídica...* *op. cit.*, p. 158.

Orgânicas Municipais as prevejam para disciplinar as atividades de competência dos respectivos entes federativos.

Assim, por exemplo, no que toca aos serviços de transporte coletivo de passageiros (que a Constituição da República expressamente previu como de competência municipal), nada impediria que, numa determinada Lei Orgânica, haja previsão acerca de sua possível outorga via concessões, permissões e/ou autorizações (estas últimas, por exemplo, destinadas ao transporte via vans, micro ônibus e taxis).⁹⁹⁵

4.3. Responsabilidade civil do autorizado

Aspecto instigante condiz com a responsabilidade civil do particular autorizado pelos danos que causar a terceiros. Nos termos do art. 37, §6º da Constituição, é objetiva a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado *prestadoras de serviço público* pelos atos danosos que praticarem. Como sabido, o entendimento pacificado em âmbito jurisprudencial afirma ser cabível a responsabilização objetiva tanto ao usuário do serviço público em questão quanto a terceiros, não usuários.⁹⁹⁶

Assim, em se reputando como *serviço público* (emergencial ou não) a atividade submetida à autorização nos termos do art. 21 da Constituição, fica claro sacar a ilação de que a responsabilidade do autorizatário seguirá a regra da disposição constitucional supracitada. Nesse sentido, Almiro do COUTO E SILVA:

⁹⁹⁵ Reputa-se plausível raciocinar que a Lei Municipal n. 13.957/2012 e seu Decreto regulamentador de n. 1.959/12, de Curitiba, representam a previsão de uma modalidade de autorização regulatória municipal para os táxis – a qualificação da autorização para os serviços de táxi como autorização regulatória derivaria da titularidade pública (municipal) sobre o transporte coletivo, nos termos do art. 30, V da Constituição de 1988. A dúvida nodal residiria na possibilidade ou não de se enquadrar o serviço de táxi como categoria de transporte coletivo. Nesse sentido, a autorização para vans ou micro-ônibus talvez constitua exemplo mais sólido.

⁹⁹⁶ Senão veja-se, a título de exemplificação, o seguinte aresto do Supremo Tribunal Federal: CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM RELAÇÃO A TERCEIROS NÃO-USUÁRIOS DO SERVIÇO. RECURSO DESPROVIDO. I - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. II - A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado. III - Recurso extraordinário desprovido (RE 591874, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-10 PP-01820).

[...] ainda que prestados em regime privado, e situados em ambiente de competição e concorrência, mas num mercado constantemente vigiado pelo Estado, os serviços por este delegados a particulares mediante concessão, permissão e autorização, continuam sendo, em qualquer hipótese, serviços públicos, devendo ser assim considerados para todos os efeitos, inclusive, portanto, para o da responsabilidade extra-contratual de que trata o §6º do art. 37 da Constituição Federal.⁹⁹⁷

Ocorre que, conforme apresentado no início desta Parte 3, boa parte da doutrina não considera como sendo um serviço público a atividade submetida à autorização nos moldes do art. 21 da Constituição.

A questão não será problemática, todavia, se considerado o posicionamento dos autores que entendem que as autorizações servem para atividades de interesse restrito do particular: ora, se não há prestação de serviços à coletividade, mas tão somente ao particular autorizado, é menos provável a ocorrência de danos a terceiros e, em caso de sua ocorrência, parece claro que a responsabilização seguirá a regra geral do Código Civil (ou seja, será subjetiva).

Contudo, não é essa a linha mais ajustada à atual legislação, que prevê a possibilidade de prestação de serviços à coletividade mediante autorização, sem que, ao que aqui se sustenta, sejam tais atividades qualificadas como serviços públicos.

Nessa medida, quer se considere a atividade autorizada como atividade econômica em sentido estrito aberta à coletividade, quer se sustente a peculiaridade dessa atividade, a compor um *tertium genus* (os “serviços de interesse econômico geral brasileiros”), parece claro que a responsabilização não seguirá a regra do art. 37, §6º da CF, visto que de serviço público não se trata. Com isso concorda Sara Jane de FARIAS, ao constatar que “a matriz normativa da responsabilidade dos autorizatórios é diversa daquela prevista no art. 37, §6º da CF”, encontrando-se, ao revés, no art. 170, V, da CF, regulamentado pela Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).⁹⁹⁸

Mesmo assim, no entanto, crê-se que não haverá qualquer prejuízo ao usuário do serviço, eis que incidirá ao caso a hipótese de responsabilização,

⁹⁹⁷ COUTO E SILVA, Privatização no Brasil... *op. cit.*, p. 478-479.

⁹⁹⁸ FARIAS, Regulação jurídica... *op. cit.*, p. 188. A autora divisa a responsabilização do autorizado conforme a espécie de autorização outorgada. Se se tratar de autorização discricionária, a responsabilidade será subjetiva; ao revés, no caso de autorização vinculada, outorgada no exercício de função em matéria de serviço público, a responsabilidade será objetiva, aplicando-se o CDC (*Ibidem, idem*).

igualmente *objetiva*, prevista pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90, art. 14 e 22).⁹⁹⁹ Tal entendimento corrobora com o que, na Europa, opina ARIÑO ORTIZ ao argumentar que o regime de responsabilidade extracontratual aplicável à prestação das obrigações de serviço público deve ser o de responsabilidade objetiva do operador.¹⁰⁰⁰

Ademais, mesmo quanto aos terceiros que não forem usuários (*rectius*, consumidores) do serviço autorizado, não haverá grandes consequências em matéria de responsabilização: basta notar que o CDC, em destaque nos artigos 17 e 81, equipara ao consumidor as vítimas do evento danoso, fazendo com que valha também para elas, portanto, a regra da responsabilização objetiva. O entendimento é endossado por Horácio Augusto Mendes de SOUZA.¹⁰⁰¹

Ainda, no que toca à tutela de terceiros afetados por eventual dano causado pelo autorizatário, interessante o apontamento de Vasco da SILVA:

É, pois, das normas jurídicas reguladoras da atividade administrativa, interpretadas à luz dos direitos fundamentais, que resulta definida a posição de parte nas relações jurídicas multilaterais dos terceiros, e é para a defesa dessas posições jurídicas subjetivas que lhes são concedidos poderes de intervenção no procedimento administrativo (tutela preventiva) e, mais tarde, no contencioso administrativo (tutela repressiva).¹⁰⁰²

Importante anotar que o quadro ora apresentado talvez se altere com a iminente edição da Lei do Usuário de Serviços Públicos, exigida pelo Constituinte e cuja omissão legislativa foi recentemente declarada pelo STF.¹⁰⁰³

4.4. Autorizações regulatórias e silêncio administrativo

Muito pouco debatida na doutrina nacional, a eficácia do silêncio administrativo não recebeu qualquer atenção no que toca ao campo específico das autorizações do art. 21 da Constituição.

⁹⁹⁹ Isso sem olvidar, conforme bem anotado por Cassagne, que não é possível “deslindar genericamente, para todos os efeitos, a situação jurídica do usuário, cuja caracterização dependerá dos elementos próprios de cada relação jurídica” (CASSAGNE, El servicio público en el campo... *op. cit.*, p. 91).

¹⁰⁰⁰ ARIÑO ORTIZ, Principios... *op. cit.*, p. 641.

¹⁰⁰¹ SOUZA, Horácio Augusto Mendes de. **Regulação Jurídica do Transporte Rodoviário de Passageiros**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 257 e seguintes.

¹⁰⁰² SILVA, Em busca... *op. cit.*, p. 452.

¹⁰⁰³ STF. Cautelar na ADI por Omissão n. 24-DF. Rel. Min. Dias Toffoli. Julg. 01/07/2013.

Na doutrina francesa, VEDEL e DEVOLVÉ abordam a possibilidade de haver uma “autorização tácita” resultante do silêncio administrativo.¹⁰⁰⁴ Na Espanha, aborda o tema Fernando GARRIDO FALLA¹⁰⁰⁵ e, de forma ímpar, Ramón PARADA.¹⁰⁰⁶ Especificamente no tocante às autorizações, o silêncio administrativo e seus efeitos é tema largamente estudado por LAGUNA DE PAZ.¹⁰⁰⁷ Na Itália, merece menção a análise de Bernardo MATTARELLA, na obra organizada por Sabino Cassesse.¹⁰⁰⁸

O tema merece cuidados.

De um lado, é altamente defensável o direito do particular de obter uma autorização após o transcurso de um prolongado e injustificado silêncio da Administração, principalmente se for levado em conta o caráter vinculado das autorizações regulatórias tal qual previsto em algumas legislações.

De outra banda, no entanto, não se pode evitar a perplexidade da situação em que um privado, não autorizado formalmente, desempenhe uma atividade de titularidade estatal, intensamente regulada pelo Estado, simplesmente pelo fato de ter a Administração Pública silenciado por um período de tempo não razoável.

Assim, se no tema dos atos administrativos vinculados o silêncio administrativo pode possuir efeitos positivos (ou seja, pode equivaler à anuência/aceitação da Administração), o raciocínio merece problematização e aprofundamento em se tratando de autorizações regulatórias, em que a atividade pertence a um campo de titularidade pública.

Uma solução intermédia poderia ser a previsão, nos diplomas setoriais, de um prazo dentro do qual a Administração deveria analisar o pedido do particular e respondê-lo, passado o qual este poderia interpelar judicialmente a Administração para emitir a autorização (com eventual indenização por lucros cessantes) ou, fundamentadamente, negá-la.

¹⁰⁰⁴ VEDEL; DEVOLVÉ, *Droit Administratif*, *op. cit.*, p. 290.

¹⁰⁰⁵ GARRIDO FALLA, *Tratado...* *op. cit.*, p. 579.

¹⁰⁰⁶ PARADA, *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 119-127.

¹⁰⁰⁷ LAGUNA DE PAZ, *La autorización...* *op. cit.*, p. 203-208.

¹⁰⁰⁸ MATTARELLA, Bernardo Giorgio. Il provvedimento. In: CASSESSE, Sabino (org.). **Trattato di Diritto Amministrativo Generale**. T. I. Milão: Giuffrè, 2003, p. 894-921.

4.5. O regime de exploração da atividade autorizada

A questão relativa ao regime jurídico de exploração da atividade autorizada é alvo de intensos debates. As opiniões, novamente, estão intimamente relacionadas à compreensão que se tenha acerca da natureza jurídica da atividade autorizada.

Consoante já noticiado, houve parcela da doutrina que, quando da prolação da Lei n. 9.472/96, criticou ferrenhamente a opção legal no sentido da possibilidade de prestação de “serviços públicos” (*in casu*, de telecomunicações) abertos à coletividade mediante autorização, sob regime de direito privado, posto que, em se tratando de serviços públicos, deveriam ser prestados sob regime de direito público, mediante concessão ou permissão. Está-se aqui a falar da primeira das correntes apresentadas no início da Parte 3, ou seja, aquela que defende que a natureza da atividade autorizada é de atividade econômica em sentido estrito, restrita ao interesse do particular (serviço que não extravasa a esfera do privado autorizado).¹⁰⁰⁹

Referida postura subsidiou o ajuizamento, perante o Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1668-5, em face da LGT. A ADI em referência pende de julgamento final, no entanto já houve julgamento dos pleitos cautelares formulados, onde restou indeferido por maioria o requerimento de suspensão dos dispositivos da LGT atinentes à autorização para serviços de telecomunicações em regime privado (art. 126 e seguintes da lei), nos termos do voto vencedor, guiado pelo Min. Nelson Jobim.¹⁰¹⁰ Diante disso, estabilizou-se – ao menos enquanto não julgada em sede de cognição exauriente a ADI referida – o entendimento de acordo com o qual é plenamente possível a prestação dos serviços mencionados no art. 21 da CF sob *regime privado*, mediante *autorização*.¹⁰¹¹

Dentro dessa moldura, plenamente ajustadas as ponderações de Egon Bockmann MOREIRA, em passagem já transcrita, cujo teor vale a pena recordar:

A Constituição fixa a regra e transfere ao legislador ordinário a competência para decidir se o serviço será: *ou* prestado única e diretamente pela União (sob regime imaculado de direito público nos casos de *régie directe* ou sob regime de direito privado administrativo se criada pessoa nos termos do art.

¹⁰⁰⁹ Brevíssima síntese dos argumentos a favor da tese de inconstitucionalidade é extraível de: DI PIETRO, Parcerias... *op. cit.*, p. 153-157.

¹⁰¹⁰ STF - ADI-MC: 1668 DF, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 19/08/1998, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 16-04-2004 PP-00052 EMENT VOL-02147-01 PP-00127.

¹⁰¹¹ A discussão quanto ao tema pode ser conferida às fls. 188-198 dos autos da ADI referida.

173 da CF); ou prestado mediante outorga pela União a particulares, através de concessões e permissões de serviços públicos (regime de direito privado administrativo, com aplicação do art. 175 da CF, Lei Geral de Concessões e lei setorial específica), e/ou prestado pelas pessoas privadas mediante autorizações (regime de direito privado administrativo, com aplicação da respectiva lei setorial).¹⁰¹²

Consagra-se, a partir da leitura deste excerto, a solução da *assimetria de regimes* que sobremaneira diferencia a exploração das atividades (a) diretamente, pelo Estado ou (b) indiretamente, mediante concessão e permissão, de um lado; e (c) indiretamente, mediante autorização, de outro. Prossegue MOREIRA:

Se na primeira e na segunda modalidades de prestação de serviços públicos (diretamente ou só por concessões e permissões) o que existe é um regime público que pode sofrer mescla com normas privatísticas excepcionais (*funcionalizadas* em vistas dos deveres públicos), na terceira espécie há um regime privado diferenciado por normas publicísticas excepcionais – inclusive e especialmente quanto ao acesso e ao desempenho.¹⁰¹³

Almiro do COUTO E SILVA anota, nesse diapasão, que o regime jurídico que disciplina a prestação dos serviços em regime privado é, na verdade, “um regime jurídico especial”, balizado pelo “variado instrumental normativo, regulador, sancionatório e interventivo de que dispõe a agência” [referindo-se à agência reguladora da atividade em questão].¹⁰¹⁴ Citando Ruy Cirne LIMA, aponta o autor tratar-se de um regime que “*quoad extra*, no tocante às relações estabelecidas com os usuários, é predominantemente de direito privado, mas *quoad intra*, no concernente às relações entre o delegante e o delegado, é de direito público”, o que basta para qualificá-lo como um regime especial, de direito privado administrativo.¹⁰¹⁵

Sobre o tema, Vitor SCHIRATO expõe:

[...] sempre que for, do ponto de vista fático, possível a exploração de uma atividade econômica *materialmente fungível* com um serviço público em regime privado, poderão os agentes econômicos, com liberdade, empreendê-la, sem qualquer óbice, excetuados os títulos habilitantes que,

¹⁰¹² MOREIRA, Direito das Concessões... *op. cit.*, p. 65-66.

¹⁰¹³ *Ibidem*, p. 66. Em rodapé, esclarece o autor que “não pode haver só regime de direito privado puro nessas atividades – pois pertencem ao hemisfério público dos meios de produção”, de modo que mesmo autorizadas, “o exercício de tais atividades não verga o regime de direito privado administrativo e nem instala a racionalidade de mercado ‘puro-sangue’” (*Ibidem*, p. 64).

¹⁰¹⁴ COUTO E SILVA, Privatização no Brasil... *op. cit.*, p. 472-473.

¹⁰¹⁵ *Apud* COUTO E SILVA, Privatização no Brasil... *op. cit.*, p. 473.

vez ou outra, venham a ser exigidos, de forma *proporcional*, dos agentes econômicos. [...] o regime jurídico que será imposto ao particular que oferece as atividades materialmente concorrentes com os serviços públicos variará, de modo expressivo, conforme a atividade por ele desempenhada. Referido particular poderá estar sujeito a uma intensa regulação estatal [...], ou poderá estar sujeito a um simples poder ordenador genérico.¹⁰¹⁶

Tratando das diferenças de regime no âmbito das telecomunicações, leciona com precisão Floriano MARQUES NETO:

[...] a diferença na classificação entre serviço prestado no regime público ou no regime privado, basicamente, revela-se na perspectiva dos ônus que são imputáveis ao prestador em regime público e da falta de ônus e uma maior liberdade que se atribui ao prestador em regime privado. Basicamente, o núcleo destes ônus consiste no dever de universalização e de continuidade.¹⁰¹⁷

Noutra obra, analisando o regime de bens vinculados à autorização, o mesmo autor efetua interessante diferenciação entre o bem do qual o prestador eventualmente se serve para prestar a atividade (por exemplo: rios, no caso do aproveitamento de potencial hidráulico para geração de energia elétrica) e o bem que o autorizado emprega na exploração da atividade em questão. No que tange aos primeiros, serão, via de regra, bens públicos, submetidos a uma autorização de uso, reversíveis ao patrimônio público; no que tange aos segundos, não reverterão ao poder público, visto que, para o autor, “é privado o regime dos bens detidos por empresas privadas detentoras de autorização para atividades consideradas genericamente serviços públicos”.¹⁰¹⁸

De sua parte, Sara Jane de FARIAS aduz:

[...] a diferença na classificação entre serviço prestado no regime público ou no regime privado, basicamente, revela-se na perspectiva dos ônus que são imputáveis ao presta em regime público e a falta de ônus e uma maior liberdade que se atribui ao prestador em regime privado. Basicamente, o núcleo destes ônus consiste no dever de universalização e de continuidade.¹⁰¹⁹

Resume Dinorá GROTTI:

¹⁰¹⁶ SCHIRATO, Livre iniciativa... *op. cit.*, p. 289-291.

¹⁰¹⁷ MARQUES NETO, Direito das Telecomunicações... *op. cit.*, p. 313.

¹⁰¹⁸ MARQUES NETO, Bens Públicos, *op. cit.*, p. 188.

¹⁰¹⁹ FARIAS, Regulação jurídica... *op. cit.*, p. 113. Adiante, a autora tece aprofundada análise sobre os princípios incidentes à prestação de serviços públicos, comparando o regime jurídico das atividades concedidas àquele incidente sobre os serviços objeto de autorização (*Ibidem*, p. 169-191).

O que muda substancialmente nos serviços públicos em regime público e privado é a relação da prestadora com o Poder Público, principalmente nos seguintes passos: a) para os prestadores em regime de direito privado não há contrato com o poder público, mas sim o estabelecimento de uma relação jurídica não-contratual, [...]; b) não há dever de continuidade na prestação dos serviços; c) não há dever de universalização de serviços; d) não há direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro; e) o direito de exploração dos serviços é por prazo indeterminado; f) os preços são livres, inexistindo, portanto, controle estatal a respeito [...]; g) não pode haver intervenção na empresa; h) não há encampação [...]; i) o prestador pode renunciar à autorização, deixando de prestar o serviço, sem ser punido por isso [...]¹⁰²⁰

Cumpra-se colacionar o posicionamento de Alexandre ARAGÃO sobre o tema. Lembre-se que, para o autor, as atividades autorizadas nos moldes do art. 21 da CF são atividades privadas (que o autor denomina de “atividades privadas regulamentadas”). Nessa medida, reflete que uma das mais comuns violações à livre iniciativa privada no campo das atividades privadas regulamentadas consiste na “imposição quantitativa ou qualitativamente excessiva de obrigações”, tratando-as como “se serviço público fossem”. Afirma que, em razão dos liames da atividade com necessidades coletivas, pode o Estado fixar certas obrigações positivas à empresa; o que não pode é fazer com que a empresa “substitua o Estado no cumprimento de suas funções constitucionais”.¹⁰²¹ Esclarece:

[...] o Estado pode exigir das empresas alguns comportamentos, sempre acessórios às suas atividades principais [...], que contribuam para realizar o interesse público setorial ligado à atividade principal. As empresas podem ter a atividade funcionalizada para a realização das políticas públicas do setor em que atuam, mas não podem ser forçadas elas próprias a executá-las, salvo se o Estado contratá-las ou indenizá-las.¹⁰²²

ARAGÃO enxerga grandes diferenças de regime entre as atividades públicas e as atividades privadas de interesse coletivo (atividades privadas regulamentadas), sujeitas à autorização: no primeiro caso, a relação é endógena entre a regulação pública e o prestador privado (concessionário ou permissionário); no segundo caso, a relação é exógena, visto que o setor não é de titularidade

¹⁰²⁰ GROTTI, O Serviço Público... *op. cit.*, p. 173-174.

¹⁰²¹ ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos... *op. cit.*, p. 199-200. O raciocínio é semelhante àquele desenvolvido por Laguna de Paz, que afirma que diante da natureza privada da atividade autorizada, os poderes da Administração devem ser interpretados de forma restritiva. Nesse caminho, a atividade pode somente ser *orientada*, “de fora”, pela Administração, mas nunca *dirigida* (LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 280). As potestades administrativas sobre o autorizado somente podem ser de *controle*, portanto, mas nunca de *direção* da atividade, que é sempre privada (*ibidem*, p. 269).

¹⁰²² *Ibidem, idem*.

estatal.¹⁰²³ Daí porque, para o autor, inexitem no Direito brasileiro as chamadas “autorizações administrativas modais”, tal qual existentes na Europa, pelas quais o Estado impõe a atividades econômicas privadas o cumprimento de obrigações de serviços públicos.¹⁰²⁴

Sobre isso, vale trazer a lume as considerações que faz Pedro GONÇALVES em solo europeu:

[...] a concessão tem por objeto atividades por cujo exercício a Administração é responsável (*responsabilidade de execução*). A autorização, em regra ligada apenas a uma *responsabilidade administrativa de controle*), poderá abranger *atividades privadas* em relação às quais existe uma *responsabilidade administrativa de garantia*, que são portanto *atividades privadas de interesse público*. A atribuição dessa responsabilidade à Administração exige que lhe sejam conferidos instrumentos para assegurar a realização dos resultados pretendidos; esses instrumentos podem consistir na introdução de cláusulas acessórias de modo no conteúdo dos atos autorizatórios (*licenças com encargos* ou *licenças modais*) [...], na associação entre o ato de autorização e um *contrato de vinculação* do particular, na imposição de *obrigações de serviço público* e na sujeição da atividade a *regimes especiais de controle*.¹⁰²⁵

É bem verdade que no Brasil inexitem, da forma como configuradas no direito comunitário, as “autorizações modais”, às quais são impostas diversas “obrigações de serviço público” para atendimento das necessidades coletivas. Mas a razão de tal inexistência, a nosso ver, não deriva do fato de a atividade autorizada ser uma atividade privada – visto que, conforme raciocínio acima exposto, entende-se que o art. 21 da CF é claro ao imputar à União a titularidade sobre tais atividades, ainda que autorizadas.

A explicação que se reputa mais ajustada deve perpassar pelo histórico realizado na Parte 2, acima, e pela constatação de que, como o processo de mutação dos serviços públicos na Europa implicou o abandono do elemento subjetivo da noção, todas as atividades e as prestações antes qualificadas como tal foram entregues ao mercado, encarregado de executá-las mediante a obtenção de licenças acompanhadas de encargos, as “obrigações de serviço público”. Ora, como naquele território o Estado não mais detém a titularidade sobre (e, portanto, não mais presta) os serviços públicos, faz todo o sentido que as autorizações emitidas para que os privados atuem no setor façam-se acompanhar de diversas obrigações

¹⁰²³ ARAGÃO, Agências Reguladoras... *op. cit.*, p. 151-152.

¹⁰²⁴ ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos... *op. cit.*, p. 201, nota de rodapé.

¹⁰²⁵ GONÇALVES, A Concessão... *op. cit.*, p. 81-82.

(de modicidade, universalização, continuidade, etc.) – que representam a postura de ente regulador assumida pelo Estado.

No Brasil, no entanto, como amplamente já se abordou, o processo de mutação foi diferente, tendo o Estado se resguardado na posição de titular das atividades qualificadas como serviços públicos (art. 175 da CF), o que, no caso das atividades referidas no art. 21 da CF, é ainda mais claro, visto que a titularidade estatal recai sobre a própria atividade em si, independentemente de sua qualificação como serviço público. Destarte, em solo nacional, a impertinência de se falar na imposição exaustiva de obrigações de serviço público às atividades autorizadas não deriva do fato de serem tais atividades privadas, que não parece ser o caso, e sim da disposição contida no art. 175 da CF, c/c Lei n. 8.987/95: somente mediante *concessão e permissão* são outorgados serviços públicos, e somente a estas duas modalidades de outorga a Constituição *exige* que sejam instituídas “obrigações de serviço público” ao particular.

No que toca às atividades prestadas mediante *autorização* (que não são, portanto, qualificadas como serviços públicos), a imposição – ou não – de tais metas ficará a cargo do legislador infraconstitucional que as disciplinar. Assim, no caso das autorizações regulatórias, estas constituem modalidade de outorga de atividade não qualificada como serviço público (embora seja de titularidade pública), e desse modo *não precisam* (nem podem) ser acompanhadas de obrigações idênticas às impostas aos concessionários e permissionários.

Some-se a isso o fato de que a grande finalidade das autorizações regulatórias foi inserir regime concorrencial na prestação de atividades de interesse coletivo, que o legislador – mui sabiamente – tem feito mediante previsão de *assimetria de regimes* de exploração das atividades em questão. Assim, enquanto o Estado, os concessionários e os permissionários (porque prestam serviços públicos) devem necessária, invariável e incontornavelmente atender às metas do serviço adequado, da forma como descritas pela Lei n. 8.987/95, os autorizatórios (que exploram atividade pública não qualificada como serviço público) não estão obrigados a tanto, atuando com uma liberdade muito maior e contribuindo, assim, para a melhoria das ofertas ao usuário/consumidor.

No Brasil, portanto, inexistem as autorizações idênticas às europeias porque elas *não precisam* existir, eis que há alternativas dispostas no ordenamento: a prestação direta dos serviços públicos pelo Estado, ou sua outorga via concessão ou

permissão. Verificando o Estado a necessidade de conformar uma atividade de forma intensa à consecução de metas de serviço público (serviço adequado), sua exploração se dará na forma do art. 175 da CF/88. Paralelamente, pode o Estado qualificar outros prestadores da mesma atividade, sob regime privado e em concorrência com aquele(s) que atue(m) em regime público, sem que haja necessidade de observância de quaisquer obrigações de serviço público.

O que se reputa desajustado, consoante já se enfrentou (Parte 3, item 1.6.2.5 e nota de rodapé nº. 580), é a previsão, na legislação infraconstitucional, de um regime estritamente público para a exploração das atividades submetidas às autorizações regulatórias, que seja idêntico ao regime definido para as concessões e permissões. Essa situação converteria a atividade autorizada em serviço público, impossível nos termos do art. 175 da CF/88, e aproximaria o regime da autorização de tal forma da concessão e da permissão que tornaria inútil a diferenciação entre as figuras. Qualificada dada atividade como serviço público (e, conseqüentemente, verificada a necessidade de que sua exploração se dê sob regime público), as formas de sua exploração indireta devem ser apenas a concessão e a permissão, na forma do art. 175 da Constituição. As autorizações devem ser deixadas – como vem ocorrendo nas legislações infraconstitucionais – para os casos em que a atividade materialmente concorrente com aquelas qualificadas como serviços públicos possa ser desempenhada em regime outro, predominantemente de direito privado.

Felizmente, está legislativamente assentado – ao menos até o presente – o regime de direito privado como aquele que conduz a exploração das atividades públicas submetidas a autorizações regulatórias, o que certamente não impede a existência de nuances e especificidades, a depender da legislação setorial analisada, bem como do termo de autorização expedido no caso concreto.

4.6. Conceder, permitir ou autorizar?

Esforços devem ser envidados pela doutrina para solucionar uma dúvida capital: como estabelecer parâmetros regulatórios para divisar a utilização, num determinado setor regulado, das técnicas da concessão, permissão e autorização?

Fato é que a Constituição, ao arrolar os serviços de incumbência da União e descrever como pode se dar sua prestação, não fixa qualquer parâmetro ao legislador para além do disposto no art. 175, deixando-lhe abertas diversas vias:

- (i) imputar a prestação do serviço diretamente à União, quer por pessoas jurídicas de direito público (administração direta ou autarquias), quer por pessoas de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista);
- (ii) prever a possibilidade de a União conceder ou permitir o serviço, com base nas Leis n. 8.987/95 e 11.079/2004;
- (iii) prever a possibilidade de a União autorizar o serviço, neste caso sem qualquer parâmetro adicional, desde que não qualifique a atividade como serviço público – ou afrontará o art. 175 da Constituição.

Confira-se, nessa medida, que as três possibilidades acima transcritas não são auto-excludentes, de modo que o legislador pode optar por utilizá-las (a) individualmente (ou seja, instituindo monopólio em favor da União ou de concessionários/permissionários, por exemplo); ou (b) de forma concomitante, quer (b1) prevendo instrumentos diferentes com base nos tipos de atividades que possam existir no setor (por exemplo: a concessão para a TV “aberta” e a autorização para a TV a cabo); quer (b2) utilizando todos os instrumentos para uma mesma atividade (por exemplo: as concessões e autorizações de telefonia fixa, de geração de energia elétrica e de operação de terminais portuários).

Assim, caberá ao legislador apreender a natureza da atividade considerada e, com base em suas características e na importância da necessidade por ela atendida, qualificá-la como serviço público, submetendo-a ao regramento do art. 175 da CF/88. A Constituição, a bem da verdade, apenas fixa uma espécie de “moldura” ao legislador, condizente com as situações em que for configurado um serviço público: nestes casos, com base no art. 175 da CF/88, somente poderá ser utilizada a concessão e a permissão para outorga aos privados. De outro lado, se não for a atividade qualificada como tal, o legislador poderá acometer sua exploração aos privados mediante autorização, sem qualquer balizamento adicional fixado pela norma constitucional.

Esse posicionamento, democrático no ponto em que acomete ao legislador, eleito pelo povo, a opção pela ordenação dos serviços estatais (apesar de serem, na prática, enormes as influências do Executivo em temas como esse), pode desembocar em situações complexas, em que haja a qualificação como serviço

público de atividades cuja relevância seja discutível (por exemplo, a atividade de loterias, referida no Decreto-Lei n. 204/67). Destaca Alexandre FARACO:

A circunstância de ter o legislador infraconstitucional uma certa margem de escolha não significa que lhe tenha sido conferida uma discricionariedade absoluta. É preciso sempre manter em perspectiva [...] que a existência do poder estatal e, conseqüentemente, a titularidade sobre certas atividades, justifica-se em razão de determinadas funções que o Estado deve desempenhar.¹⁰²⁶

Some-se a esse cenário de incertezas o fato de que, atualmente, parecem esfumaçar-se alguns elementos que doutrinariamente segregam os institutos da concessão, da permissão e da autorização.

Tradicionalmente a permissão era, tal qual a autorização, conceituada como “ato administrativo unilateral, discricionário e precário” mediante o qual o Poder Público outorgava ao particular a prestação de uma atividade à coletividade, em contraposição à concessão, que era um autêntico contrato – muito mais estável, portanto. Nessa conformação, era difícil a distinção entre a permissão e a autorização, eis que ambas possuíam as mesmas características; daí as propostas de distinção com base no critério do “interesse público” (no caso da permissão) *versus* “interesse privado” (no caso da autorização).¹⁰²⁷

Ocorre que a Lei n. 8.987/95 inseriu confusão no tema, expressamente atribuindo à permissão o caráter de contrato e, nessa medida, avizinhando-a da concessão.¹⁰²⁸ Diante de tal quadro, analisa Marcos Juruena Vilela SOUTO, “cabe ao intérprete buscar o traço distintivo entre os institutos”,¹⁰²⁹ visto que, conforme Luiz Alberto BLANCHET, “se a intenção do legislador constituinte fosse a de extinguir a permissão, tornando-a idêntica à concessão, não teria feito uso dos dois vocábulos”.¹⁰³⁰

Acerca da permissão (em raciocínio aplicável às autorizações), Egon Bockmann MOREIRA constata que sua noção tradicional “funciona apenas em

¹⁰²⁶ FARACO, Regulação... *op. cit.*, p. 126.

¹⁰²⁷ Sobre o tema, tratando das autorizações e permissões de uso de bens públicos, cf.: MARQUES NETO, Bens Públicos, *op. cit.*, p. 339 e seguintes.

¹⁰²⁸ Sobre a aproximação entre as concessões e permissões, aprofundar em: BACELLAR FILHO, Concessões..., *op. cit.*, p. 184 e seguintes; MEDAUAR, Direito Administrativo Moderno, *op. cit.*, p. 326-327; SOUTO, Direito Administrativo das Concessões, *op. cit.*, p. 26 e seguintes; ROCHA, Estudo sobre as Concessões... *op. cit.*, p. 147 e seguintes; MOREIRA, Direito das Concessões... *op. cit.*, p. 162 e seguintes.

¹⁰²⁹ SOUTO, Direito Administrativo das Concessões, *op. cit.*, p. 29.

¹⁰³⁰ BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão e Permissão de Serviços públicos**: comentários a lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e a lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995. Curitiba: Juruá, 1995, p. 18.

teoria”, porquanto “na vida prática, [...] a palavra ‘permissão’ dá abrigo a ampla gama de vínculos jurídicos, que não se exaurem em seu conceito histórico tradicional”.¹⁰³¹ Para o autor, a “permissão da Lei 8.987/1995 situa-se num meio-termo entre a concessão e a autorização, cuja nitidez só é aferível em decorrência do exame do caso concreto”.¹⁰³² É justamente por aproximar-se ora da autorização, ora da concessão, que Floriano MARQUES NETO, em expressão feliz, afirma ser a permissão um instrumento “dúctil”.¹⁰³³

Se a maleabilidade da permissão é, por si só, problema suficiente para se resolver, a complexidade se agrava tendo em mira que a entrada em cena das autorizações regulatórias efetuou uma inédita aproximação entre a autorização e a concessão. Conforme anota Jacintho CÂMARA:

Em vez de uma rígida disciplina conceitual, a leitura da doutrina europeia mais recente revela que, cada vez mais, as diferenças entre os diversos institutos (concessão, permissão e autorizações) são variáveis. Os conceitos são traçados caso a caso, em virtude de funcionalidades que o legislador queira empregar.¹⁰³⁴

Em igual norte, Floriano MARQUES NETO reconhece que os institutos da concessão, permissão e autorização geram controvérsias e imprecisões, sobretudo por não ter o direito positivo precisado os contornos jurídicos de cada uma, de sorte que “o intérprete deverá buscar tais limites e condicionantes dentro do sistema jurídico e regulatório de cada setor”. Fato é que, no entanto, “o direito positivo não estabeleceu uma hierarquia entre os institutos da concessão e da autorização”.¹⁰³⁵

A seu turno, CRETELLA JÚNIOR problematiza a aproximação com base na nota de precariedade, afirmando que “se a expressão *a título precário* (ou o vocábulo *precariedade*) for empregada com o sentido de *revogável a qualquer tempo* por iniciativa da Administração, [...] inexistente diferença específica entre a *autorização* [...] e a *concessão*”.¹⁰³⁶

A perplexidade é largamente constatada pela doutrina estrangeira.

De Luís Martín REBOLLO colhe-se que “existem autorizações que se parecem com as velhas concessões; atos autorizatórios que se aproximam da

¹⁰³¹ MOREIRA, Direito das Concessões... *op. cit.*, p. 163.

¹⁰³² *Ibidem*, p. 165.

¹⁰³³ MARQUES NETO, Bens Públicos, *op. cit.*, p. 344.

¹⁰³⁴ CÂMARA, Autorizações administrativas... *op. cit.*, p. 630.

¹⁰³⁵ MARQUES NETO, Regime jurídico dos bens... *op. cit.*, p. 342;344; 346.

¹⁰³⁶ CRETELLA JÚNIOR, Do Ato... *op. cit.*, p. 122.

bilateralidade dos contratos; concessões que, de fato, são autorizações”, de modo que “as características clássicas perdem eficácia descritiva”.¹⁰³⁷ PAREJO ALFONSO *et. al.*, no mesmo sentido, reconhecem a aproximação das autorizações e concessões nos casos em que o controle administrativo sobre aquelas é constitutivo de um direito que o privado antes não possuía propriamente.¹⁰³⁸ O mesmo é realizado por Martín-Retortillo BAQUER,¹⁰³⁹ De La Cuétara MARTÍNEZ¹⁰⁴⁰ e Rodríguez-Campos GONZÁLEZ.¹⁰⁴¹ VILLAR PALASÍ, nesse ponto, aborda as concessões industriais como um *tertium genus*, algo entre as concessões e as autorizações.¹⁰⁴² Interessante, ainda, a análise da jurisprudência espanhola por LAGUNA DE PAZ.¹⁰⁴³

Jorge SALOMONI chega ao extremo de opinar que, a partir da sanção da lei argentina n. 23.696, estabeleceu-se um regime unitário das três instituições (concessões, permissões e “licenças” – que o autor reconhece serem espécies de autorizações).¹⁰⁴⁴ O autor corrobora tal assertiva ao constatar a identidade de regime jurídico a que estão submetidos os bens públicos vinculados à concessão/permissão/licença.¹⁰⁴⁵ Plenamente ajustada, nesse ponto, a opinião de Miguel MARIENHOFF, que após afirmar ser a licença “uma figura jurídica híbrida, ambígua, de contornos jurídicos imprecisos, ainda não definidos pela ciência do direito”, reflete que ela “flutua entre a concessão e a permissão”.¹⁰⁴⁶

Resgatando as “autorizações operativas” acima explicitadas, Ramón PARADA constata que a existência de autorizações que tais tornou difícil distingui-

¹⁰³⁷ REBOLLO, Servicios Públicos... *op. cit.*, p. 110.

¹⁰³⁸ PAREJO ALFONSO *et. al.*, Manual... *op. cit.*, p. 491-492.

¹⁰³⁹ *Apud* LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 62.

¹⁰⁴⁰ MARTÍNEZ, La regulación... *op. cit.*, p. 262-263.

¹⁰⁴¹ Afirma o autor que os pressupostos da distinção entre as autorizações e concessões, que por anos se configuraram quase dogmas, hoje não são senão mera abstração, pois com frequência se entrecruzam dando lugar a subclasses tão peculiares que se distanciam dos pressupostos conformadores das tradicionais categorias conceituais. Cita como exemplo justamente o caso das autorizações operativas acima abordadas, nas quais falar de um direito pré-existente contradiz a realidade, sendo que “a intervenção administrativa, mais que comprovar ou declarar uma prévia situação jurídica, parece vir conformá-la” (*apud* LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 136-137).

¹⁰⁴² VILLAR PALASÍ, La Intervención... *op. cit.*

¹⁰⁴³ LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 63-65.

¹⁰⁴⁴ SALOMONI, Teoría general... *op. cit.*, p. 347-352.

¹⁰⁴⁵ *Ibidem*, p. 362-371. Trata-se de conclusão semelhante à de Rolland, que tempos antes, em solo francês, afirmou que “as empresas autorizadas são submetidas ao mesmo controle que as empresas concessionárias” (ROLLAND, Précis... *op. cit.*, p. 611, nota de rodapé). Dessa conclusão discorda Agustín Gordillo (GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo II, p. IV-39. Versão digital. Disponível em: www.gordillo.com. Acesso em: 09/11/2013).

¹⁰⁴⁶ *Apud* SALOMONI, Teoría general... *op. cit.*, p. 351.

las das concessões de serviço público. De sua parte, entende que a diferenciação está em que a concessão deve ser utilizada nos casos em que se esteja diante de “serviços pontuais e globais que não admitem uma pluralidade” de prestadores; ao passo que a autorização deve ser utilizada quando não é aconselhável ou tecnicamente possível atribuir a prestação a um único agente.¹⁰⁴⁷

Alejandro Vergara BLANCO, nessa senda, afirma que a distinção entre a autorização e a concessão não é tão simples como se imaginava, diante da entrada em cena de novas figuras de intervenção administrativa, havendo diversas “aproximações entre as concessões e as autorizações”, de modo que, em muitas atividades autorizadas, acaba se manifestando uma “relação tão estreita e permanente como no campo concessório”.¹⁰⁴⁸ Assim, não surpreende que, conforme o autor, haja certa pertinência nos recentes apontamentos doutrinários que pregam a existência de figuras híbridas: García Trevijano fala em “autorizações concessórias”, De Valles fala em “autorizações *ut facies*”.¹⁰⁴⁹ Anote-se que, para BLANCO, a maior diferença ainda existente entre a concessão e a autorização reside no fato de as primeiras referirem-se a setores de titularidade estatal, enquanto que as segundas continuam a reportar-se a setores de titularidade privada. O que dizer, então, da aproximação entre as autorizações e concessões no Brasil, em que as primeiras são previstas em setores de titularidade declaradamente pública?

Igualmente, José MORENILLA constata que “a diferenciação entre autorização e concessão constitui certamente um tema complexo”, e que o debate doutrinário demonstrou “a inexistência de diferenças práticas entre uma e outra”, sobretudo com a evolução da concepção clássica de autorização para a nova concepção (funcional, operativa, continuada). No entanto, para o autor, a diferença básica entre ambas, na Europa, ainda pode predicar no fato de que a atividade autorizada possui caráter privado, posição jurídica inexistente na concessão, em que a atividade é pública.¹⁰⁵⁰ A partir disso, constata que, no que toca às “autorizações gerais”, estas se articulam como autênticas autorizações, recaindo na definição tradicional. No entanto, ao analisar as “licenças individuais” destinadas aos novos serviços de interesse econômico geral, reconhece o autor estar-se diante de figura que não apresenta um perfil definido, parecendo corresponder parcialmente à figura

¹⁰⁴⁷ PARADA, Derecho Administrativo, *op. cit.*, p. 498-500.

¹⁰⁴⁸ BLANCO, El nuevo servicio... *op. cit.*, p. 59-60.

¹⁰⁴⁹ *Apud* BLANCO, El nuevo servicio... *op. cit.*, p. 59.

¹⁰⁵⁰ MORENILLA, La actividad... *op. cit.*, p. 222-228.

da concessão – daí o autor utilizar a expressão “concessões encobertas”.¹⁰⁵¹ Para MORENILLA, neste caso se estaria “ante uma figura híbrida, quase um *novum genus* em nosso Direito”, inserida na conexão entre o serviço público e os títulos habilitantes das atividades assim qualificadas, num quadro de mudança de paradigmas sobre a configuração do serviço público.¹⁰⁵²

MARTÍN MATEO aponta a relativização das fronteiras entre a autorização e a concessão de serviços públicos, aparecendo “zonas mistas de influência recíproca nas quais não é fácil detectar as respectivas posições da Administração e dos administrados”.¹⁰⁵³ De forma semelhante, GARCÍA-TREVIJANO fala em “autorizações positivas”, que se qualificam como *atos híbridos*, e que fazem uma espécie de ponto entre as autorizações e concessões. Nas palavras do autor, trata-se de atos jurídicos que, “se não são verdadeiras concessões no sentido clássico do vocábulo, são algo mais que autorizações negativas, posto que há um interesse constante por parte da Administração”.¹⁰⁵⁴

Pedro GONÇALVES apresenta contribuição afirmando que a diferença entre a concessão e a autorização não reside no caráter constitutivo da primeira e declaratório da segunda (a uma, porque a essência da concessão não reside na constitutividade, e sim no caráter derivado dos direitos concedidos; a duas, porque as autorizações podem ser constitutivas). Assim, o critério mais ajustado para distinguir ambas as figuras é o que se baseia na “natureza jurídica da atividade”: a concessão atribui ao privado o direito de exercer uma *atividade pública*; a autorização habilita o privado a exercer uma *atividade privada*, não reservada à

¹⁰⁵¹ *Ibidem*, p. 229. Pedro Gonçalves critica a expressão “concessões encobertas” para se referir às autorizações para a exploração das atividades liberalizadas, porquanto as concessões seguem possuindo espaço no campo dos serviços públicos em sentido subjetivo, enquanto que as autorizações aplicam-se a atividades que, atualmente, são privadas (GONÇALVES, A Concessão... *op. cit.*, p. 21). No Brasil, no entanto, o caráter de “concessões encobertas” das autorizações do art. 21 da CF recobra certa pertinência, na medida em que a atividade autorizada, consoante aqui se defende, é de titularidade pública, sendo idêntica, nesse ponto, à atividade submetida à técnica concessória. Pertinentes as considerações de Cassagne: “A licença consiste em um ato unilateral do Estado que gera relações bilaterais com o licenciatário, relações que não são preexistentes como na autorização, senão criadas *ex novo*. Agora, quando a licença se reveste de natureza contratual e seu objeto é a exploração de um serviço público, ela é, em fundo, uma concessão” (*apud* LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 53-54, nota de rodapé).

¹⁰⁵² *Ibidem*, p. 230. Adiante, ao abordar a legislação de telecomunicações espanhola, o autor reconhece que as “autorizações gerais” e “licenças especiais” trazidas pela legislação são novas categorias, que evocam as tradicionais autorizações e concessões, na medida em que constituem um “título habilitante híbrido que, não obstante possuir natureza de autorização, reveste-se dos recursos instrumentais da tradicional concessão” (*ibidem*, p. 443-444).

¹⁰⁵³ *Apud* LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 125.

¹⁰⁵⁴ *Apud* LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 61-62.

administração pela lei.¹⁰⁵⁵ O autor reconhece, no entanto – e aqui reside um ponto importante para o caso brasileiro – que esse critério de distinção pode se complicar quando se constatar a existência de *zonas intermédias*, relativas a atividades que “não são públicas mas que também não são puramente privadas”.¹⁰⁵⁶

Jorge Sarmiento GARCÍA apresenta dois conceitos possíveis para as autorizações em matéria de serviço público (que o autor prefere denominar de “licença”, para diferenciar das autorizações aplicáveis em outros campos): (i) ato administrativo unilateral constitutivo de direitos a título precário; ou (ii) ato de delegação estatal, em favor do privado, da gestão de um serviço público. Na segunda acepção, o autor afirma que a autorização se aproxima da concessão, com a diferença de que na licença o Estado não conserva seu papel de titular da atividade autorizada.¹⁰⁵⁷ O raciocínio é reforçado com Diogo Freitas do AMARAL, que, ao diferenciar a licença da concessão, afirma:

Na licença, a Administração permite ao particular o exercício de uma *atividade privada*, que, em princípio, é proibida, mas que nem por isso deixa de ser uma atividade privada; na concessão o que se transfere para o concessionário é o direito de exercer uma *atividade pública* – por exemplo, a exploração de um serviço público.¹⁰⁵⁸

Algo semelhante faz LAGUNA DE PAZ, para quem o critério que permite distinguir entre as autorizações (para o autor, sempre de polícia, como já visto) e as concessões é a *publicatio*, de modo que “as autorizações operam sobre atividades próprias da iniciativa privada, enquanto as concessões são o instrumento pelo qual os particulares intervêm em âmbitos públicos”.¹⁰⁵⁹

Nesse diapasão, ARIÑO ORTIZ defende a conveniência de manter a distinção entre autorizações operativas (para as atividades regulamentadas) e concessões (para os serviços públicos), anotando como notas diferenciais: a) a fonte e o conteúdo do dever de prestação da atividade: nas atividades regulamentadas está na norma; na concessão está no contrato; b) o alcance da potestade modalizadora e sancionadora da Administração: nas atividades regulamentadas é mais restrito e está imposto na norma; na concessão é mais maleável e está no contrato;

¹⁰⁵⁵ GONÇALVES, A Concessão... *op. cit.*, p. 74; 78.

¹⁰⁵⁶ *Ibidem*, *idem*.

¹⁰⁵⁷ GARCÍA, La licencia... *op. cit.*, p. 183-184.

¹⁰⁵⁸ AMARAL, Curso... *op. cit.*, p. 258.

¹⁰⁵⁹ LAGUNA DE PAZ, La autorización... *op. cit.*, p. 88.

c) o direito à renunciabilidade (presente apenas nas atividades regulamentadas) e ao equilíbrio econômico-financeiro (presente apenas nas concessões).¹⁰⁶⁰

Percebe-se, portanto, que a doutrina estrangeira constatou as recentes aproximações entre as figuras da autorização e da concessão, e fez propostas para a manutenção de sua distinção. Ocorre que, no Brasil, não parecem ser aproveitáveis *in totum* tais considerações, por uma razão principal: aqui as autorizações regulatórias (relacionadas às atividades descritas no art. 21 da Constituição) não podem se distinguir das concessões com base na titularidade sobre a atividade em comento, que será sempre pública. Na dicção constitucional, a exploração das atividades descritas no art. 21 compete à União independentemente de sua prestação se dar mediante concessão, permissão ou autorização. Consequentemente, a distinção entre autorizações regulatórias e concessões não deita raízes no binômio “ato declaratório/ato constitutivo”. Destarte, é necessário que se busque, no ordenamento pátrio, outro critério de distinção.

Miguel REALE reconhece a absoluta falta de determinação conceitual dos institutos, e após ponderar que “a permissão se constitui como se fora autorização e é exercida como se fora concessão”, conclui que o legislador estabeleceu uma “gradação entre a autorização, a permissão e a concessão de serviço público, segundo o índice de participação ou de controle do Poder Público no concernente aos bens e aos serviços”.¹⁰⁶¹

Themístocles Brandão CAVALCANTI apresenta interessante distinção entre as figuras:

A distinção, a nosso ver, entre a simples licença e a concessão, não se acha na fórmula unilateral ou bilateral da relação jurídica, mas na própria natureza da situação do explorador do serviço, nas obrigações que assume para com o público, e nos direitos que decorrem de sua substituição ao Estado na execução do serviço. Neste caso, o concessionário confunde-se com a administração, [...] importa evidentemente em lhe conferir direitos e prerrogativas que só o Estado pode gozar, mas implicitamente lhe impõe ônus da maior gravidade, não só perante o público, como, ainda, e principalmente, perante o Estado.¹⁰⁶²

Carmen Lúcia ROCHA tenta encontrar na figura do contrato de adesão a diferença entre a concessão e a permissão, na medida em que a natureza de

¹⁰⁶⁰ ARIÑO ORTIZ, Principios... *op. cit.*, p. 559-563.

¹⁰⁶¹ REALE, Miguel. Natureza jurídica da permissão e da autorização. *In*: REALE, Miguel. **Direito administrativo**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 152-153.

¹⁰⁶² CAVALCANTI, Curso... *op. cit.*, p. 323.

contrato de adesão “torna a matéria objeto da parte não regulamentar do contrato insuscetível de negociação, [...] sendo todo o ajuste tão-somente posto e imposto pela entidade permitente e aceito pelo permissionário”. Desta sorte, o elemento diferenciador pode estar na “natureza do contrato e nas consequências encontradas nas conduções, cláusulas obrigacionais, garantias”, de modo que “[...] é a diferença das obrigações contratualizadas que forma e conforma os diferentes modelos de contrato administrativo caracterizador da concessão e da permissão”, podendo-se acrescentar aí a autorização, que também foi prevista pela legislação brasileira recente como contrato de adesão.¹⁰⁶³

Odete MEDAUAR, ao considerar a autorização um ato discricionário e precário, afirma que esta serve para transferir ao particular “serviços de fácil execução, de regra sem remuneração por tarifas”,¹⁰⁶⁴ daí sacando uma distinção com relação aos demais instrumentos de outorga.

A seu turno, apresenta Sara Jane de FARIAS:

Quando a autorização é tratada como ato vinculado, não tem a característica da precariedade. Esta possui algumas semelhanças com a concessão, tais como: ambas são conferidas quando há predominância do interesse público [...] e são instrumentos de regulação (aquela, no regime de direito privado e este, no de direito público) na implementação de uma política de competição e busca da eficiência. Suas diferenças consistem no ato firmado com a Administração (termo e contrato), nos princípios afetos aos serviços públicos e na não obrigatoriedade de licitação, como regra, para as autorizações. Entretanto, o grande elemento diferenciador consiste na questão da modicidade das tarifas, uma vez que as autorizações praticam preço, que será livre [...]¹⁰⁶⁵

Almiro do COUTO E SILVA propõe uma parametrização da atuação do legislador, e aponta que, nas atividades referidas no art. 21 da CF, a concessão deveria ser utilizada “para aquelas hipóteses em que não fosse possível, por razões objetivas, atender a todos os pedidos de autorização”.¹⁰⁶⁶ No que toca à atuação do Estado sobre a atividade, pondera que os poderes de “fiscalização, controle e de intervenção serão maiores nos casos de delegação dos serviços em regime público, e menores quando o regime for privado”, de modo que, especialmente na prestação de serviços em regime privado, “as intervenções deverão observar o princípio constitucional da proporcionalidade”, sendo que o Estado deverá lançar mão sempre

¹⁰⁶³ ROCHA, Estudo sobre a concessão... *op. cit.*, p. 156.

¹⁰⁶⁴ MEDAUAR, Direito Administrativo Moderno, *op. cit.*, p. 327.

¹⁰⁶⁵ FARIAS, Regulação jurídica... *op. cit.*, p. 163.

¹⁰⁶⁶ COUTO E SILVA, Privatização no Brasil... *op. cit.*, p. 466.

da modalidade interventiva mais branda, que “menos interfira na liberdade de concorrência e de fixação de preços”.¹⁰⁶⁷

De acordo com Alexandre ARAGÃO, o que não pode é o Poder Público impor às atividades uma regulação tal que faça equivaler as autorizações às concessões, visto que o legislador não pode criar um monopólio público pela via transversa da autorização.¹⁰⁶⁸ Noutra passagem, pondera:

Sob determinada perspectiva, os autorizatários destas atividades sofrem mais restrições que os concessionários ou permissionários de serviços públicos, tendo em vista a ausência de previsão expressa de proteção ao equilíbrio económico-financeiro e o carácter unilateral da regulação estatal [...]. Por outro lado, não podemos olvidar o feitio menos construtivo que a modalidade regulatória da autorização operativa possui por não retirar a atividade da esfera da livre-iniciativa privada. Não sendo serviços concedidos e, portanto, de titularidade administrativa, não são precedidos de um pacto modal, mas sim de um ato habilitante operativo, o que faz com que os poderes administrativos incidentes sobre eles sejam alheios à ideia de titularidade estatal sobre a atividade, deixando de ser internos a um serviço da própria Administração, para passarem a ser de natureza policial (operacional) e eterna aos titulares privados dos serviços [...]. Com essa modalidade regulatória, o princípio da livre-iniciativa permanece incólume, mas a liberdade é, todavia, canalizada para realização dos interesses coletivos sociais e económicos.¹⁰⁶⁹

No pensamento de Marçal JUSTEN FILHO, o instituto da autorização é “radicalmente distinto” das figuras da concessão e da permissão, visto que, enquanto estes últimos são instrumentos jurídicos “destinados a promover a delegação da prestação do serviço público para a iniciativa privada, mantido o regime de direito público”, a autorização é “um ato estatal de controle quanto à presença dos requisitos para o exercício de atividades exploradas sob regime de direito privado”.¹⁰⁷⁰

O autor tece interessante balizamento ao tratar do setor portuário. De acordo com JUSTEN FILHO, a alusão constitucional à figura das autorizações “não equivale a afirmar que, para a Constituição, seria indiferente a existência ou não de portos explorados pela União”. Ao contrário, a Constituição impõe um limite intransponível para o legislador infraconstitucional, relacionado à “promoção dos direitos fundamentais e dos valores nacionais no âmbito da atividade portuária”. Prossegue:

¹⁰⁶⁷ *Ibidem*, p. 472.

¹⁰⁶⁸ ARAGÃO, As concessões e autorizações petrolíferas... *op. cit.*, p. 258.

¹⁰⁶⁹ ARAGÃO, Agências Reguladoras... *op. cit.*, p. 167-168.

¹⁰⁷⁰ JUSTEN FILHO, O regime jurídico dos operadores... *op. cit.*, p. 89.

Por imposição da principiologia constitucional, a exploração das atividades portuárias sob regime de direito privado e como instrumento de acumulação econômica privada *pressupõe* a existência do serviço público. [...] Não se poderá admitir, então, que se extinga o serviço público, substituindo-se-o por atividades econômicas exploradas mediante autorização. A autorização será sempre um “acréscimo” ao serviço público.¹⁰⁷¹

Com fulcro nas opiniões doutrinárias apresentadas acima, perceba-se, uma vez mais, como a distinção entre as figuras da concessão e da autorização é retrato do que vier à mente do intérprete quando se fala em “autorização”.

No que concerne às autorizações de polícia, é evidente a possibilidade de seguir mantendo como principal critério distintivo entre estas e as concessões a natureza declaratória ou constitutiva do ato em questão. Entretanto, tal critério se esvai – na linha de raciocínio aqui suportada – ao se sustentar a natureza constitutiva das autorizações regulatórias, ante a titularidade pública da atividade autorizada nos termos do art. 21 da Constituição.

Ao nosso olhar, a (difícil) diferenciação entre a concessão e a autorização de atividades descritas no art. 21 da Constituição não pode ser encontrada nem (i) na titularidade da atividade, e, conseqüentemente, no caráter declaratório ou constitutivo do ato em questão, nem (ii) em características “especiais” da atividade outorgada (“emergencial”, “pouco complexa”, “transitória”, “que exija pouco investimento”, etc.), que não tenham sido expressamente mencionadas pelo legislador ordinário (pelo Constituinte, certamente não o foram).

Segundo nossa interpretação, o grande critério distintivo entre as concessões e permissões, de um lado, e as autorizações regulatórias, de outro, repousa no *regime jurídico a que estará submetida a prestação das atividades outorgadas*, que será predominantemente de direito público, no caso das primeiras, e predominantemente de direito privado, no caso das últimas (ao menos da forma como o legislador tem previsto para tais atividades nos últimos 20 anos). Esclarece Sara Jane de FARIAS:

[...] quando há intervenção estatal sobre atividades tipificadas como serviço público, esta vai ser diferenciada conforme o regime jurídico adotado. No caso do regime de direito privado, caracterizado pela opção estatal

¹⁰⁷¹ *Ibidem*, p. 92. E remata: “O regime de serviço público impõe ônus e encargos que podem propiciar a destruição do setor em caso de competição ilimitada com os terminais de uso privativo. Se há argumentos econômicos favoráveis a essa competição, há limites jurídicos insuperáveis à perspectiva de privatização pura e simples do setor portuário” (*Ibidem*, p. 124).

(legislativa) pela técnica da autorização, esta assinala uma forma mais branda de intervenção do Estado.¹⁰⁷²

O critério é importante, porque aparta concessões e autorizações com fundamento no ordenamento jurídico (e não em características doutrinariamente atribuídas). No entanto, ele pouco diz para solucionar a dúvida inserida no início do tópico: afinal, há balizamentos para o legislador optar entre a concessão, a permissão e a autorização? Ao que nos parece, se eles existem, são poucos.

Ora, a atribuição do regime público ou privado para a exploração de uma dada atividade depende do grau de essencialidade, atribuído pelo legislador, à atividade em questão, de modo que a discussão desemboca na análise já feita acerca do elemento material dos serviços públicos, cuja apreensão compete exclusivamente ao legislador, e que não encontra balizamentos normativos no ordenamento brasileiro. É o legislador quem detém competência para graduar a essencialidade e a importância da atividade em mira e, a partir daí, qualificá-la ou não como serviço público – e, por consequência, submetê-la ou não ao regime jurídico público de exploração. Inclusive, como dito, poderá prever simultaneamente a qualificação de dada atividade como serviço público e como “serviço de interesse econômico geral”, exploradas em assimetria de regimes, o que torna possível a coexistência de concessões e autorizações não somente dentro de um mesmo setor econômico como também para uma mesma atividade dentro da cadeia produtiva.

Assim, é o legislador que, analisando os contornos das atividades e do setor econômico dentro do qual elas se inserem, disporá sobre como se dará sua exploração, bem como sobre os critérios que entende ajustados para apartar cada uma das modalidades de exploração eleitas (se as previr simultaneamente dentro de um mesmo setor). Veja-se o recente exemplo do setor portuário: neste, tanto concessões quanto autorizações servem para a operação de terminais de movimentação de carga, o critério de distinção eleito foi a localização do terminal portuário (os concedidos estarão dentro da área do porto organizado, os autorizados, fora).

O que se reputa inadequado é que o legislador preveja a autorização como forma de exploração de dada atividade de titularidade pública para, no momento

¹⁰⁷² FARIAS, Regulação jurídica... *op. cit.*, p. 123. A regulação no regime de direito privado, segundo a autora, será “menos drástica (do que no regime de direito público, quando a regulação substitui o mercado) e se utilizará das regras do próprio mercado” (*ibidem*, p. 191).

seguinte, submetê-la ao mesmíssimo regramento da concessão e da permissão (ou seja, a um regramento predominantemente de direito público), adensando o regime jurídico a que se submeterá o prestador de tal forma que, a bem da verdade, esteja-se indiretamente diante de uma concessão. Aqui reside a importância do critério distintivo entre as autorizações e concessões como sendo o regime jurídico de exploração da atividade.

O espanhol Juan SANTAMARÍA PASTOR tece relevante crítica acerca da atuação legislativa nesse campo. Após sustentar que “a evolução legislativa acabou por fulminar por completo os limites entre a autorização e a concessão”, por razões estritamente políticas, o autor anota justamente o caso dos serviços públicos desempenhados por particulares mediante autorização, o que aproxima o regime jurídico da concessão e da autorização.¹⁰⁷³ E prossegue:

[...] as diferenças entre autorização e concessão são, hoje, meramente convencionais. O legislador utiliza uma ou outra técnica segundo pretenda aparentar (meramente aparentar) um nível de intervenção menor ou maior na atividade controlada; mas a preexistência ou não de um direito no patrimônio do particular, o caráter declaratório ou constitutivo de uma ou outra e o caráter mais ou menos enérgico das potestades de intervenção são extremos que o legislador desenha, depois, a seu capricho.¹⁰⁷⁴

Os ensinamentos permitem atingir uma constatação interessante: a peculiaridade da natureza jurídica da atividade autorizada nos moldes do art. 21 da CF/88 (que, na postura adotada, reflete um *tertium genus* entre o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito) conduz à peculiaridade da própria autorização regulatória, que configurará, a seu turno, um *tertium genus* entre as tradicionais figuras da concessão e da permissão, de um lado, e da autorização de polícia, de outro. Resgate-se, aqui, a doutrina da “escala de *publicatio*” apresentada anteriormente, que com maestria permite compreender o fenômeno, evitando-se o erro (deveras comum) de tentar reconduzir novas categorias a velhos conceitos, numa lógica de “ou-ou” que indevidamente evita o meio termo.

Nesse norte, e tendo em mira o fato de que as autorizações regulatórias foram inseridas, no Brasil, com o mote de instituir mercado concorrencial na prestação de atividades de titularidade pública, rompendo com os tradicionais monopólios, pode-se aceitar como fator central de distinção entre as concessões e

¹⁰⁷³ SANTAMARÍA PASTOR, Principios... *op. cit.*, p. 263-264.

¹⁰⁷⁴ *Ibidem*, p. 272.

autorizações o *regime jurídico* a que estará submetida sua prestação, o qual se refletirá (i) *quantitativamente, no volume de constrições e obrigações incidentes*, e, por consequência, (ii) *qualitativamente, na intensidade do relacionamento entre o Poder Público e o privado, com base nas potestades públicas potencialmente exercíveis*.

Assim, enquanto no regime público de exploração, o concessionário/permissionário se submete ao máximo de obrigações (principalmente no que se refere à qualidade do serviço – público – prestado) e tem relacionamento intenso com o Poder Público; no regime privado, o autorizatário não é submetido a tantas obrigações (em destaque, metas de universalização e modicidade tarifária), e tem relacionamento mais brando com o Estado – embora seja um relacionamento constante, e não apenas esporádico, como no caso das autorizações de polícia.

Surge, nesse ponto, a importante questão acerca do relacionamento que se instaura entre Poder Público e privado autorizado, dos direitos e deveres recíprocos existentes, e de como e em que medida se diferencia dos vínculos firmados entre Estado e concessionários/permissionários. Afinal, quais os limites da atuação estatal sobre a atividade autorizada, que diferenciam tal relacionamento com relação àquele travado com concessionários e permissionários de serviço público?

Questões como essa, contudo – como tantas outras relacionadas ao tema – permanecem em aberto, não encontrando pronta resposta no ordenamento. Enquanto não normatizada a questão, a prática regulatória é que se encarregará de desbravar a mata cerrada e abrir caminho.

5. INDAGAÇÃO FINAL: HAVERIA UM FUTURO PARA AS AUTORIZAÇÕES REGULATÓRIAS?

Nas Partes I e II da pesquisa, que trataram respectivamente do *passado* e da passagem das autorizações administrativas ao *presente*, apresentou-se como desfecho uma conclusão parcial, condensando-se algumas das ponderações realizadas e daí sacando ilações prognósticas. Como desfecho desta terceira e última parte, no entanto, ante o atual cenário de incertezas, ao invés de apresentar uma inatingível “conclusão final”, parece melhor proceder a uma *indagação*: haveria, afinal, um *futuro* para as autorizações administrativas regulatórias?

Um sinal positivo é dado por Alejandro BLANCO: após anotar que a técnica autorizatória segue encrustada nos ordenamentos jurídicos, aponta que se trata de uma técnica “moldável e reajustável para a nova realidade”, e que não nasceu somente a serviço de um determinado modelo de intervenção estatal, mas que, ao contrário, é plenamente acomodável inclusive diante de mudanças radicais no cenário da intervenção estatal.¹⁰⁷⁵

Gaspar ARIÑO ORTIZ, ao arriscar caracterizar a evolução previsível desse regime atípico, aponta para duas notas: (i) a separação de atividades que possibilita a dualidade de regimes jurídicos, o que depende das características de cada setor, devendo ser um elemento dinâmico; (ii) a distinção de modalidades de afetação da atividade ao interesse público em diversos graus, segundo a intensidade de suas características (são as “escalas de *publicatio*”, já referidas).¹⁰⁷⁶ Segundo o autor, o ato administrativo deixou de ser típico, como em sua configuração clássica, e passou a admitir uma maior capacidade criadora e um âmbito de flexibilidade muito maior,¹⁰⁷⁷ o que contribui para sua adaptação a diferentes realidades e usos.

No Brasil, otimismo com relação às autorizações foi manifestado por Marcos Juruena Villela SOUTO, para quem a autorização, sob intensa regulação estatal, tende a ocupar o espaço antes reservado às concessões e permissões.¹⁰⁷⁸ Igualmente, para Sara Jane de FARIAS, a autorização tende, com o passar do tempo, a ser reconhecida como “um instrumento valioso na implementação da competição e da eficiência entre os prestadores de serviços públicos”.¹⁰⁷⁹

Diante das reformas no setor elétrico, constatou Fernando SANTIAGO JÚNIOR que “é bem provável que nos próximos anos a autorização seja efetivamente o título mais utilizado para os empreendimentos de geração de eletricidade no Brasil”,¹⁰⁸⁰ entendimento oposto ao manifestado por Elena LANDAU, para quem “a opção inicial pela autorização em função de sua agilidade não cumpriu seu papel”, eis que deixou os investidores desprotegidos e sujeitos a elevado risco regulatório diante da tradicional concepção da autorização enquanto ato precário. Para a autora, nos casos de investimentos de longo prazo, portanto, a melhor opção

¹⁰⁷⁵ BLANCO, El nuevo servicio público... *op. cit.*, p. 56.

¹⁰⁷⁶ ARIÑO ORTIZ, Principios... *op. cit.*, p. 623.

¹⁰⁷⁷ *Ibidem*, p. 650.

¹⁰⁷⁸ SOUTO, Direito Administrativo Regulatório, *op. cit.*, p. 300.

¹⁰⁷⁹ FARIAS, Regulação jurídica... *op. cit.*, p. 199.

¹⁰⁸⁰ SANTIAGO JÚNIOR, Fernando Antônio. **A Regulação do Setor Elétrico brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 49.

seria a concessão, guardando coerência com o arcabouço regulatório.¹⁰⁸¹ A crítica da autora, no entanto, constata não tanto a imprestabilidade das autorizações regulatórias para o setor, e sim o mau uso que dela se faz na prática (aplicando-a indevidamente com características tradicionais).

A resposta à indagação final apresentada, no entanto, representa uma “futurologia jurídica” que escapa aos contornos de um trabalho dissertativo como o presente. O que se pode afirmar, com certa margem de segurança, é a importante contribuição que cada um dos três Poderes pode trazer para o tema.

No Judiciário, o martelar da jurisprudência, ainda tímida no que toca aos aspectos mais delicados do assunto, pode auxiliar a evolução da compreensão das autorizações administrativas – desde que, para tanto, deixe de reproduzir velhas fórmulas doutrinárias sem qualquer arrimo positivado, e analise a autorização, caso a caso, com base no ordenamento jurídico, despiando-se de todo tipo de pré-conceito. Nessa óptica, o pronunciamento de mérito do Supremo Tribunal Federal, na supracitada Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada face à lei de telecomunicações, constituirá importante baliza para a evolução (ou não) da interpretação jurisprudencial da figura.

É de alta relevância o papel do Executivo, responsável por formular as políticas econômicas da nação, voltando-as à busca por maior competitividade e ao desenvolvimento de infraestruturas no país. Tanto para a edição quanto para a implementação de ditas políticas, contribuem as agências reguladoras, entidades que despontam no cenário com importância crescente, e que são as responsáveis por, na praxis regulatória, lançar mão das autorizações.

Finalmente, o Legislativo tem função nevrálgica para dar ao tema das autorizações regulatórias a propulsão necessária à sua constante evolução: responsável por editar normas que concretizem as políticas formuladas no Executivo, é o legislador que (esteja ou não sob pressão do Executivo) delimita e caracteriza as autorizações regulatórias, atribuindo-lhes os contornos e finalidades que escapam à definição tradicional.

Todos esses papéis, por óbvio, devem ser desempenhados de forma responsável e inseridos na arena política, ou seja, no campo do debate democrático realizado em constante contato com a população (que é, afinal, a destinatária e

¹⁰⁸¹ LANDAU, Autorização... *op. cit.*, p. 17.

maior afetada pelas medidas adotadas), consoante ajustada advertência de Juan Carlos CASSAGNE:

É possível que a dinâmica das novas circunstâncias demande respostas criativas para cada setor, mas o remédio para corrigir essas situações não deve ser buscado pelo lado das reformas legislativas que se impõem unilateralmente aos prestadores. Encontra-se no processo de renegociação, já que a via do equilíbrio, respeitando os interesses dos usuários, das empresas e do Estado, com a mira posta no bem comum para alcançar o bem estar geral de todos os habitantes, representa a melhor solução para lograr um marco jurídico estável e, sobretudo, justo.¹⁰⁸²

A Nova Lei dos Portos, elaborada sob a iniciativa de um Executivo Federal (a lei é resultado de conversão de uma medida provisória) que, ao menos em tese, possui orientação política diversa daquela que embasou a instituição das autorizações regulatórias no Brasil, é um dos maiores exemplos de que o tema ora pesquisado não foi esquecido. Mais do que isso, referida lei é exemplo inquestionável de que a utilização das autorizações regulatórias independe de ideologias, sendo, ao invés disso, conduzida pelas necessidades da realidade econômica vivida, que há tempos tem determinado a instauração de mercados competitivos na prestação de serviços em setores de infraestrutura.¹⁰⁸³

Diante disso, a perspectiva quanto ao futuro das autorizações regulatórias, ao que nos parece, deve ser das mais otimistas. Como bem afirmou Egon Bockmann MOREIRA a respeito do direito da regulação, seu futuro é imponderável, restando uma “acumulação de dúvidas, prognósticos e incertezas”. A palavra-chave, também aqui, é “criar”.¹⁰⁸⁴

¹⁰⁸² CASSAGNE, La estabilidad de los derechos... *op. cit.*, p. 210.

¹⁰⁸³ Sobre o tema, publicou-se artigo no periódico paranaense Gazeta do Povo, edição de 26/08/2013, caderno Opinião, intitulado “A Nova Lei dos Portos: Infraestrutura para além da ideologia”.

¹⁰⁸⁴ MOREIRA, Qual é o futuro... *op. cit.*, p. 23.

II. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao cabo da pesquisa, faz-se imperioso condensar as principais conclusões apresentadas ao longo do texto, explicitando o fio condutor que guiou a concatenação dos argumentos. As considerações finais serão de duas ordens: primeiramente, apresentar-se-ão de forma analítica e sumária os argumentos e ilações mais relevantes, na ordem em que enfrentados durante o texto; após isso, tecem-se apontamentos conclusivos de ordem geral.

Analiticamente, a pesquisa intentou demonstrar que:

a) O Direito Administrativo surgiu em fins do século XVIII e início do século XIX, e foi desde o início marcado pela paradoxal convivência de duas vertentes vetorialmente opostas: uma tradicional, de viés autoritário e preocupada com a reprodução das práticas do Antigo Regime; uma “revolucionária”, mais democrática e comprometida com a proteção dos cidadãos;

b) O paradigma autoritário marcou o início do percurso histórico do Direito Administrativo, conformando a elaboração de importantes conceitos doutrinários do ramo, como o de ato administrativo – daí sua tradicional unilateralidade, imperatividade, presunção de validade, autoexecutoriedade e tipicidade;

c) A impregnação de elementos tradicionais na noção de ato administrativo, enquanto gênero, afetou, por derivação lógica, a concepção inicial acerca de suas espécies, dentre as quais se encontram as autorizações administrativas, reconduzidas ao campo da unilateralidade e da autoridade;

d) Contribuía para tal leitura das autorizações administrativas a função que era por elas desempenhada à época do Estado Liberal abstencionista: em referida modelagem de atuação estatal, prestavam as autorizações administrativas, unicamente, para que a Administração exercesse sobre as atividades *privadas* o poder de polícia que lhe competia por excelência, de sorte a, averiguando aspectos pontuais da atuação privada, remover óbices eventualmente existentes ao exercício do direito, que preexistia na esfera jurídica do autorizado;

e) Diante disso, a autorização administrativa foi majoritariamente definida pela doutrina tradicional como ato administrativo unilateral, discricionário e precário, de cunho declaratório, por intermédio do qual a Administração Pública, no exercício de função de polícia, remove óbice ao exercício, pelo particular, de um direito pré-existente, ou seja, de uma atividade do campo de titularidade privado;

f) Essa definição tradicional das autorizações administrativas foi mantida incólume e é reproduzida até hoje por boa parte da doutrina nacional e estrangeira, de modo que se torna necessário perquirir até que ponto ela dá conta de abarcar a totalidade do fenômeno autorizatório na contemporaneidade;

g) Uma mutação conceitual no seio da noção de serviço público, aliada ao surgimento e à evolução do Direito Econômico, foi responsável por uma guinada na compreensão das autorizações administrativas: no cenário europeu, o processo de liberalização de serviços públicos importou o abandono da *publicatio* e a passagem das atividades antes qualificadas como serviços públicos à esfera de titularidade privada, rompendo-se, com isso, o critério pessoal/orgânico da noção; assim, as atividades passaram a ser denominadas “serviços de interesse econômico geral”, sendo franqueadas aos particulares mediante atribuição de uma “licença com encargos de serviço público”;

h) No Brasil, no entanto, disposição constitucional expressa (art. 175) impede o afastamento da noção orgânica de serviço público, de modo que aqui a mutação conceitual dos serviços públicos ocorreu de forma peculiar, sendo mais ajustado apontar como elemento principal o abandono da correlação automática entre a titularidade estatal sobre uma dada atividade e sua qualificação como serviço público e, por consequência, a necessidade de sua exploração em regime de monopólio/exclusividade, o que possibilitou a inserção de regime concorrencial sem prescindir do vínculo da atividade com o Estado;

i) Um dos principais instrumentos utilizados pelo legislador brasileiro, a partir da década de 90 do século XX, para romper os monopólios e inserir a prestação concorrencial em atividades de titularidade pública qualificáveis como serviços públicos foi, justamente, a autorização administrativa, conforme prevista no art. 21, XI e XII da Constituição de 1988;

j) Constituições brasileiras anteriores ao atual diploma já previam a figura da autorização administrativa para atribuir a privados o direito de explorar atividades definidas como públicas; no entanto, tais autorizações não possuíam o mesmo sentido que passaram a deter após a propalada mutação dos serviços públicos: na vigência das Constituições pretéritas, as previsões legais relacionadas às autorizações administrativas em questão possuíam como único intento franquear aos privados a exploração de atividades que se restringissem à sua esfera de aproveitamento, ou seja, sem qualquer utilidade à coletividade (“auto-serviços”) –

evidente que uma autorização administrativa com tal formatação, a despeito de possuir certa divergência com relação à noção tradicional das autorizações (em destaque, seu caráter constitutivo, e não mais declaratório), pode, em boa medida, ser a ela reconduzida – principalmente se analisada a forma como fora prevista pela legislação da época;

l) Da análise das Constituições pretéritas se extrai que o elemento diferencial das autorizações administrativas surgidas com o processo de mutação dos serviços públicos em relação às autorizações administrativas de polícia é, não tanto seu caráter constitutivo (importante, mas não determinante), mas sim seu caráter teleológico, finalístico, relacionado ao intento de romper o regime monopolístico na prestação de atividades públicas qualificáveis como serviços públicos, inserindo mercado competitivo na exploração de setores de infraestrutura;

m) A existência de autorizações administrativas com características diversas das autorizações de polícia embasa a conclusão de que a deflagração do processo de mutação dos serviços públicos, dentro do qual passaram as autorizações administrativas a servir como instrumento regulatório golpeador dos monopólios, engendrou a existência de uma nova espécie de autorização administrativa, não reconduzível ao conceito tradicional, com sede normativa (constitucional) específica, no art. 21, XI e XII, e art. 223, todos da Constituição de 1988;

n) A possibilidade de se falar numa nova espécie de autorização administrativa não conduz, de outro lado, à conclusão de que as autorizações de polícia, de matriz tradicional, deixaram de existir: ao revés, a Administração Pública contemporânea ainda detém funções de polícia a serem exercidas no campo de atuação privada, de sorte que as autorizações referidas ao poder de polícia continuam a desempenhar, atualmente, relevante papel na ordenação estatal de setores econômicos privados – tanto é assim que ditas autorizações também possuem sede constitucional, encontrando-se no art. 170, parágrafo único, da Constituição de 1988;

o) A coexistência de autorizações administrativas com contornos diversos faz atingir a ilação de que é impossível seguir abordando as autorizações administrativas como espécie unitária e, assim, dotá-las de uma significação unívoca, pretensamente imutável; ao revés, deve-se compreender a existência de um *gênero* “autorização administrativa”, ao qual pertencem (ao menos) duas

principais espécies: as tradicionais autorizações administrativas de polícia e aquelas que aqui se denominaram autorizações administrativas regulatórias;

o') Referidas espécies não são as únicas, podendo existir outras significações para o termo, situadas em “zonas de penumbra” (como ocorre com as autorizações constitutivas praticadas sob a égide das Constituições anteriores e com as autorizações de uso de bem público);

o'') Até mesmo no campo das autorizações regulatórias é possível divisar a existência de “sub-espécies” com características peculiares, a depender das previsões específicas da legislação setorial;

p) A compreensão da autorização administrativa como gênero conduz à indagação acerca da possibilidade de se atribuir a todas as suas espécies a mesma definição, a mesma natureza jurídica e as mesmas características – e, assim, aplicar-lhes os mesmos raciocínios e soluções –, tornando-se necessário verticalizar o estudo das autorizações administrativas regulatórias;

q) Analisar a fundo a figura das autorizações administrativas regulatórias exige compreender (i) a natureza jurídica da atividade autorizada; (ii) o regime jurídico que conforma as autorizações; e, como consequência de “i” e “ii”, (iii) as características (natureza jurídica) das autorizações em si;

r) São diversos os posicionamentos doutrinários acerca da natureza jurídica das autorizações regulatórias, que podem ser divididos basicamente em cinco grandes correntes: (i) atividade econômica em sentido estrito de proveito próprio e exclusivo do particular; (ii) atividade econômica em sentido estrito passível de atingir a coletividade; (iii) serviço público emergencial; (iv) serviço público “autêntico”; (v) *tertium genus*, compondo algo situado entre o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito privada;

s) No presente trabalho, endossa-se a última das correntes, de acordo com a qual as atividades submetidas às autorizações regulatórias compõem um *tertium genus*, algo *sui generis*, sobretudo em razão (i) da impossibilidade de serviços públicos serem autorizados (conforme dispõe o art. 175 da CF/88) e (ii) da irrecusável titularidade pública sobre as atividades (conforme *caput* do art. 21 da CF/88);

t) Para denominar a categoria das atividades submetidas à autorização regulatória, propôs-se a expressão “serviços de interesse econômico geral”, contanto que se evite a ligação automática à noção europeia, que parte da premissa

da titularidade privada sobre a atividade, interpretando-a a partir da Constituição brasileira, que firma como pressuposto a titularidade pública, nos termos do art. 21;

t') os serviços de interesse econômico geral brasileiros seriam, assim, compostos por atividades econômicas de titularidade pública que, diante de características especiais apreendidas pelo legislador, não são qualificadas como serviço público, exploradas pelos privados mediante outorga na modalidade de autorização regulatória, sob regime de direito privado (administrativo), em concorrência com outros prestadores;

u) O regime jurídico a que se submetem as autorizações regulatórias deve ser averiguado em três principais planos: (i) o plano normativo constitucional, que se relaciona à natureza da atividade autorizada; (ii) o plano normativo infraconstitucional, composto pelas disposições da legislação setorial pertinente; (iii) o plano concreto, relacionado aos termos de autorização expedidos na prática pelas Agências Reguladoras, no exercício de suas competências;

v) A legislação dos setores de telecomunicações, energia elétrica e transportes é sintomática das mutações da noção de serviço público em solo pátrio, e contém disposições que delineiam com precisão a peculiaridade das autorizações regulatórias em face das tradicionais autorizações de polícia;

v') a legislação do setor elétrico foi pioneira com a previsão da figura do produtor independente de energia elétrica; a legislação de telecomunicações foi contundente ao traçar uma modalidade de autorização administrativa com características assaz diversas das autorizações de polícia; e a legislação de transportes contém recentíssimo exemplo (a nova lei dos portos, de 2013) de que o tema pesquisado não perdeu sua importância no início do século XXI;

x) Com fundamento na natureza jurídica das atividades submetidas às autorizações regulatórias e no regime jurídico de ditas autorizações, é possível delinear as principais características do *novum genus* autorizatório e, com apoio em farta doutrina (nacional e estrangeira), concluiu-se que as mais recentes autorizações são diametralmente opostas se comparadas às tradicionais autorizações administrativas de polícia: trata-se de atos administrativos negociais e multilaterais, vinculados ou discricionários, potencialmente estáveis, constitutivos, e que traduzem o exercício de função regulatória pela Administração Pública que diverge da tradicional função de polícia, eis que relacionada à ordenação pública de setores econômicos de titularidade estatal;

z) Apesar de terem nascido em meados da década de 90 do século XX – há quase 20 anos, portanto –, diversos temas envolvidos na aplicação prática das autorizações regulatórias ainda não foram devidamente aprofundados pela doutrina, e tantos outros são alvo de intensas polêmicas;

z') na presente dissertação, enfrentou-se superficialmente a necessidade ou não de licitação para outorga das autorizações regulatórias; a possibilidade de sua utilização por Estados e Municípios; os parâmetros para responsabilização civil do autorizatório em caso de danos (a consumidores ou terceiros); os efeitos do silêncio administrativo sobre a emissão da autorização; o regime jurídico a que se submete a prestação da atividade autorizada; a diferença atualmente existente entre concessão, permissão e autorização e a existência ou não de parâmetros para atuação do legislador; dentre outros temas secundários.

Nesse cenário de mudanças, não são poucas as críticas que as autorizações regulatórias têm recebido, sobretudo por parcela da doutrina que, arraigada à tradição das autorizações de polícia, não consegue encarar a autorização administrativa como um gênero plural que admita várias significações – e que, portanto, tenha diversos usos e possua diversas características. Critica-se sua natureza vinculada, sua função de permitir que privados explorem, sob regime diverso do regime de serviço público, atividades estatais, e outras tantas características que lhes foram legalmente atribuídas, sob o pretexto de que ditos contornos afrontam sua definição doutrinariamente consagrada.

Tais críticas, na visão aqui endossada, não procedem. As autorizações administrativas previstas no art. 21 da Constituição de 1988, da forma como adensadas nas legislações setoriais a partir da década de 90, não afrontam a doutrina ou vilipendiam a sistematização jurídica mediante introdução de indeterminações conceituais ou qualquer coisa do tipo.

Conforme Vitor SCHIRATO, não se pode permanecer vinculado à noção tradicional de autorização, elaborada pela doutrina quando não existia a ordem jurídica atual e quando as autorizações desempenhavam papel absolutamente distinto no ordenamento jurídico, prestando-se a atividades “bem menos relevantes”. Com a alteração da ordem jurídica, para o autor, deve alterar-se a noção doutrinária, afinal “a doutrina serve para interpretar o Direito posto e não para criar Direito

paralelo, apegado a concepções tradicionais que se recusam a aceitar o dinamismo inerente a toda e qualquer realidade social como o Direito”.¹⁰⁸⁵

Ressalta Floriano de Azevedo MARQUES NETO que, na ausência de prescrições no direito positivo acerca das autorizações, “a doutrina cuidou de construir a definição”, atribuindo às autorizações notas de ato administrativo, unilateral, discricionário e precário. Ocorre que “a doutrina não é fonte do direito”, e “a definição doutrinária não tem caráter vinculante ao intérprete. Menos ainda ao legislador”.¹⁰⁸⁶ Mesmo entendimento é sustentado por Bernardo GUIMARÃES – que afirma ser necessário haver um “teste de compatibilidade entre os modelos teóricos concebidos pela doutrina e o direito positivo”¹⁰⁸⁷ – e por Alejandro BLANCO – ao apontar que “nossa missão de juristas é observar e explicar como opera o novo serviço público com as mesmas (só formalmente) técnicas concessórias e autorizatórias, depuradas do *fumus regaliano* e do ‘Estado do bem-estar’”.¹⁰⁸⁸

Para Jacintho CÂMARA, “[...] a teoria busca (ou deveria buscar) extrair aquilo que se constata a partir da análise de seu objeto de estudo. Não tem por propósito negar, omitir ou mesmo lutar contra uma dada realidade (normativa). O papel do jurista é explicá-la”.¹⁰⁸⁹ E prossegue:

A ausência de um modelo pode ser frustrante ou angustiante para quem se acostumou com fórmulas pré-concebidas (mesmo que artificiais). No entanto, esta é a situação presente no ordenamento jurídico brasileiro de há muito. [...] Seria importante que, em vez de tratar esse eloquente exemplo de defasagem como um “equivoco” do legislador, a doutrina aproveitasse a oportunidade para reformular suas afirmações em torno do instituto. Para tanto, acredito que o caminho básico é abandonar a pretensão de se cunhar um conceito único do instituto.¹⁰⁹⁰

¹⁰⁸⁵ SCHIRATO, A experiência e as perspectivas... *op. cit.*, p. 185. Noutra oportunidade, o autor analisa que o conceito tradicional das autorizações foi moldado pela doutrina “sem qualquer base no direito positivo, eis que, quando de sua formulação, o direito administrativo não era disciplina, de forma densa, positivada no direito brasileiro”. Por isso mesmo, esse conceito doutrinário elaborado em período de baixa positividade do direito administrativo “acabou por ter grande influência sobre a jurisprudência, que, até hoje, permanece em certo grau impregnada pelas determinações doutrinárias”. (SCHIRATO, *Livre Iniciativa...* *op. cit.*, p. 312-313). Para o autor, no entanto, o direito deve ser “aquele enunciado pela Constituição e pelas demais normas de direito positivo, e não o enunciado pela doutrina, baseado em concepções indelévels de um direito administrativo que não mais existe” (*Ibidem*, p. 323).

¹⁰⁸⁶ MARQUES NETO, Regime jurídico dos bens... *op. cit.*, p. 342-343.

¹⁰⁸⁷ GUIMARÃES, Ato administrativo e ato da administração... *op. cit.*, p. 75.

¹⁰⁸⁸ BLANCO, El nuevo servicio público... *op. cit.*, p. 61.

¹⁰⁸⁹ CÂMARA, Autorizações Administrativas... *op. cit.*, p. 631. O autor direciona a crítica à doutrina que, em sua opinião, se “autoproclama fonte normativa superior ao próprio Texto Constitucional, como se não fosse dado ao legislador mudar ou construir conceitos jurídicos” (*ibidem, idem*).

¹⁰⁹⁰ *Ibidem*, p. 632.

Furtamo-nos da exposição de Juarez FREITAS, que, ao tratar das autorizações regulatórias (o autor as denomina “autorizações de serviço público”), reflete:

Eis, então, um elucidativo exemplo de como as concepções rígidas, as concepções nas quais nada pode ser alterado, revelam-se as mais frágeis. Nesse caso, a rigidez conceitual trabalha contra a própria rigidez. Nenhuma definição purista contém o mundo em receptáculo estanque. O conteúdo, mais cedo ou mais tarde, escapa. Percebeu-se, faz tempo, que o Direito não convive bem com a imobilidade, de maneira que nele não há domicílio para a geometria conceitual que não reconhece que o movimento da vida modifica as formas jurídicas que a circundam.¹⁰⁹¹

Para o autor, é comum a “ambição de tecer definições absolutas que, como um arquétipo platônico, não se desgastem com os anos. Brada-se, de modo peremptório: ‘a autorização é puro ato administrativo discricionário e precário’. Não é assim”.¹⁰⁹² E desfecha:

Com moderação e sem desrespeito à gadameriana tradição, os institutos de Direito Administrativo merecem ser criteriosamente e sistematicamente reexaminados, de sorte a introduzir a menor precariedade possível nas relações de administração, bem como respeitar os efeitos constitutivos dos atos administrativos em geral, no intuito de viabilizar o cumprimento impostergável dos deveres prestacionais e, ao mesmo tempo, tutelar os interesses legítimos de parceiros públicos e privados.¹⁰⁹³

É célebre a expressão, atribuída a Otto Mayer, que dita “o Direito Constitucional passa, e o Direito Administrativo fica”. Tal frase, proferida em época na qual as Constituições ainda não possuíam a força normativa de hoje, perdeu sua razão de ser: se o Direito Constitucional passa, o Direito Administrativo deve dar-lhe as mãos e passar também.¹⁰⁹⁴ Por isso, se dispositivos constitucionais (e infraconstitucionais) contiverem a previsão de uma autorização administrativa que diverge do conceito doutrinário elaborado desde o século retrasado – num período de baixíssima normatividade do Direito Administrativo, diga-se de passagem –, compete à doutrina jus-administrativista incorporá-la, processá-la e expô-la (exceto,

¹⁰⁹¹ FREITAS, Direito fundamental... *op. cit.*, p. 318.

¹⁰⁹² *Ibidem, idem.*

¹⁰⁹³ *Ibidem*, p. 334.

¹⁰⁹⁴ A afirmação não é original e foi já exposta por José Joaquim Gomes Canotilho, ao afirmar que “os direitos constitucional e administrativo ‘passam’ em face da emergência de novos elementos e mecanismos de evolução da moderna sociedade” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional passa: o Direito Administrativo passa também. *In: Stvdia Iuridica*, n. 61: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 706-707).

no caso das normas inconstitucionais, se houver incompatibilidade com a Constituição – o que não é o caso das autorizações regulatórias, consoante expressa manifestação do Supremo Tribunal Federal).

Tratando da permissão, em raciocínio plenamente aplicável às autorizações, Egon Bockmann MOREIRA assevera que a verdadeira natureza do vínculo

[...] será revelada não pelo nome que a Administração atribuir ao contrato, nem tampouco pelas lições doutrinárias clássicas, mas sim pelo exame da situação jurídica concreta posta entre o Poder Público e a pessoa privada. [...] a atribuição de um nome não tem o condão de alterar a substância da norma jurídica ou do contrato firmado. O rótulo não altera a natureza da situação jurídica posta entre as partes.¹⁰⁹⁵

Conforme escólio do autor, a complicação está, sobretudo, “em certos temas do passado do Direito Administrativo, que insistem em se fazer presentes e a impor a interpretação estática do Direito Constitucional brasileiro”.¹⁰⁹⁶ A bem da verdade, este é o obstáculo enfrentado pelas autorizações até os dias de hoje. Nas palavras de Juarez FREITAS:

A verdade é que certos hábitos mentais levam tempo para serem exorcizados. Os velhos conceitos, inercialmente, sempre conservam boa reserva de energia, de modo que as mudanças jamais se operam de um jato. [...] Sem dúvida, este foi o obstáculo enfrentado pelas permissões e autorizações de serviços públicos na reviravolta dos Séculos XIX e XX.¹⁰⁹⁷

Nesse prisma, é primordial a constatação de que o conceito clássico de autorização administrativa, concebido nos primeiros passos do Direito Administrativo, não precisa morrer para dar lugar a novos conceitos, formulados para novas autorizações que se destinam a novas situações. Basta que, sem o cavalheirismo mortal do toureiro, dê um passo ao lado para permitir o surgimento de novas concepções, dotadas de sede normativa própria e construídas a partir da Constituição, que tratam de outra dimensão da realidade fático-jurídica, radicalmente distinta daquela a que se destinam as antigas autorizações. As autorizações regulatórias, como consta da conclusão parcial da Parte 2 da presente pesquisa, não vieram em substituição às antigas autorizações de polícia, que continuam

¹⁰⁹⁵ MOREIRA, Direito das Concessões... *op. cit.*, p. 163.

¹⁰⁹⁶ MOREIRA, Exploração privada de portos... *op. cit.*, p. 6.

¹⁰⁹⁷ FREITAS, Parecer... *op. cit.*, p. 92.

encontrando fértil terreno de aplicação na contemporaneidade – assim como o “Direito Administrativo dos Clips” não substitui o dos “Negócios”.¹⁰⁹⁸

O passado monolítico das autorizações administrativas enquanto atos de polícia, única e exclusivamente, parece devidamente superado. Mutações na noção de serviço público, derivadas de alterações no papel do Estado sobre o campo social e econômico (sendo, portanto, umbilicalmente relacionadas ao surgimento e à evolução do Direito Econômico), desembocaram na gênese de um conceito quase totalmente reformulado para as autorizações.

Surgem, assim, no apagar das luzes do séc. XX, novas autorizações administrativas, com finalidades, previsões normativas e características assaz diversas. Por meio delas, reconhece-se que o recurso aos privados, tal como ocorreu no período imperial, é essencial ao Estado brasileiro para que desempenhe a contento as atividades sob sua responsabilidade, atendendo, assim, às “missões sócioeconômicas” que lhe são imputadas pela Constituição.¹⁰⁹⁹ Ocupam as autorizações regulatórias, destarte, papel de destaque enquanto instrumentos de implementação de políticas econômicas pró-concorrenciais, inserindo os privados na prestação de atividades de relevância econômica e de elevado interesse social – a ponto de qualificarem-se como infraestruturais.

Em meados do séc. XIX já desabafara um dos maiores parceiros privados da história do Brasil, Irineu Evangelista de Sousa – o Barão de Mauá: “Desgraçadamente entre nós entende-se que empresários devem perder, para que o negócio seja bom para o Estado, quando é justamente o contrário”.¹¹⁰⁰ Ainda hoje, depois de tanto tempo, as ideologias ainda fazem com que pensamentos como esse se propaguem, irrefletidamente e a todo custo. Sacrificam-se diversas opções potenciais de desenvolvimento socioeconômico em prol de premissas que não encontram guarida normativa, demonizando-se as parcerias com o setor privado como se fosse ele (e não o Estado) o maior responsável pela situação de degradação e de ineficiência de diversos serviços públicos. Não parece que seja

¹⁰⁹⁸ SUNDFELD, O Direito Administrativo dos clips... *op. cit.*

¹⁰⁹⁹ Válidas aqui as afirmações de Marçal Justen Filho, direcionadas à concessão: “Não é, pura e simplesmente, uma manifestação da atividade administrativa contratual do Estado. Muito mais do que isso, é uma alternativa para realização de valores constitucionais fundamentais” (JUSTEN FILHO, Teoria geral das concessões... *op. cit.*, p. 58).

¹¹⁰⁰ *Apud* CALDEIRA, Mauá... *op. cit.*, p. 31.

esta a solução adequada – nem foi isso que previu a Constituição de 1988, ao abrir caminho para as autorizações regulatórias.¹¹⁰¹

Crê-se, assim, que a introdução da expressão “autorização” nas legislações brasileiras dos anos 90 do século XX não significa uma afronta à doutrina, um elemento de “desordem sistêmica”, mas sim justamente o oposto: um convite para que os juristas se debrucem e reflitam de forma mais aprofundada sobre o assunto – mesmo porque a mera repetição de ideias e de definições prontas que não encontrem qualquer correspondência no direito positivo não parece contribuir para o progresso técnico-científico do Direito.¹¹⁰²

É chegada a hora, portanto, de construir um pensamento sobre as autorizações administrativas que se paute em “bases não platônicas”, porquanto “o irrealismo, a idealização e a ingenuidade são armadilhas de que os administrativistas precisam fugir” com vistas à elaboração de um Direito Administrativo “cético”.¹¹⁰³ Como dita Vasco da SILVA, o conceito clássico de ato administrativo (e, por consequência, o de autorização), foi “teorizado em função de um modelo de Administração (pouco interventora, agressiva e de mera execução da lei) que já não existe mais”.¹¹⁰⁴ É preciso evitar o “coice de mula”¹¹⁰⁵ das concepções clássicas de ato administrativo e de autorização, de modo a construir uma visão progressista dos conceitos jus-administrativos, pautada na realidade e no ordenamento jurídico.

Com a audição no passado, o tato no presente e o olhar para o futuro, deve-se superar a *metonímia das autorizações*, conceituando o todo pela parte e reprisando, como se fosse um mantra, uma definição elaborada em momentos pretéritos e que hoje não envolve com perfeição a totalidade do fenômeno autorizatório.

Bem notou Tomás-Ramón FERNÁNDEZ que o processo de privatizações engendrou problemas que exigem do operador refinar ao máximo os mecanismos

¹¹⁰¹ Versando sobre os serviços públicos de saúde, Fernando Mânica já pontuou que os limites e os mecanismos de participação do setor privado devem ser interpretados com base na Constituição e não em conceitos cristalizados em construções doutrinárias tradicionais, possivelmente desconectadas do texto constitucional e da realidade social contemporânea (MÂNICA, O setor privado... *op. cit.*, p. 114-115).

¹¹⁰² Provocação semelhante é feita em: MEDAUAR, Administração Pública..., *op. cit.*, p. 418-419.

¹¹⁰³ Conforme preconizado em: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 13.

¹¹⁰⁴ SILVA, Em busca... *op. cit.*, p. 606.

¹¹⁰⁵ A expressão aspada foi extraída de: SILVA, Em busca... *op. cit.*, p. 606.

disponíveis para compreender a nova realidade, os quais “foram desenhados em seu tempo para uma situação muito diferente, em que possuíam um papel muito mais marginal” (que o autor, em tom de crítica, afirma ser “tão marginal como a atenção que os administrativistas espanhóis têm a eles dedicado”).¹¹⁰⁶ E desfecha:

Com a liberalização da economia e o desenvolvimento das comunicações a nível planetário abrimos outra vez a caixa de Pandora e estamos, em consequência, a expensas do que vai saindo dela. Mas assim são as coisas e assim é a época em que acabamos tendo que viver.¹¹⁰⁷

Não se pode aceitar a cômoda postura de reprisar, irrefletidamente, fórmulas do passado que, com o correr dos anos, não são mais aplicáveis à totalidade da realidade vivida: felizmente os tempos mudam, e o direito, enquanto instrumento posto a serviço da sociedade para sua ordenação, também deve mudar. O direito “vivo”, dinâmico, legislado, tomado enquanto retrato dos anseios do povo, não pode ser refutado simplesmente por ofender à doutrina e a uma suposta sistematização do direito enquanto ciência. Os tempos são outros, e o Direito, por consequência, também deve sê-lo.

Ao cabo desta pesquisa, e resgatando a metáfora de Maria João Estorninho apresentada na introdução, espera-se que esta pesquisa tenha tido algum préstimo ao visitar o velho e empoeirado sótão das autorizações administrativas, há tempos trancafiado. Diversas teias de aranha foram encontradas e precisaram ser eliminadas para permitir o avanço – suas tecelãs, no entanto, lá continuam, e novas teias podem surgir a qualquer momento.

Mais importante do que ter acompanhado o autor nesse itinerário é reconhecer que esse sótão está cheio de relíquias, e que a presente conclusão, ao abandoná-lo, deixa a porta aberta – e a luz acesa – para quem nele quiser adentrar.

¹¹⁰⁶ FERNÁNDEZ, Las Transformaciones... *op. cit.*, p. 341.

¹¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 344.

III. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ALESSI, Renato. **Principi di diritto amministrativo**. 4. ed. V. I. Milão: Giuffrè, 1978.

ALESSI, Renato. **Sistema Istituzionale Del Diritto Amministrativo Italiano**. 2ª ed. Milão: Giuffrè, 1960.

ALLEGRETTI, Umberto. **Profilo di storia costituzionale italiana**. Bolonha: Il Mulino, 1989.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latim, 2012.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **O Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 335-350.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. V. II. Coimbra: Almedina, 2001.

ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado Absolutista**. 3.ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. **Revista de Direito do Estado**, ano 1, nº. 1, jan./mar. 2006, p. 155-174.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As concessões e autorizações petrolíferas e o poder normativo da ANP. **Revista de Direito Administrativo**, n. 228, Rio de Janeiro, abr./jun. 2002, p. 243-272.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O serviço público e as suas crises. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **O Direito**

Administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 421-440.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e Concorrência. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, abr./jun. 2003, p. 59-123.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Economía y Estado**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **La Regulación Económica**: Teoría y práctica de la regulación para la competencia. Buenos Aires: Ábaco, 1996.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de Derecho Público Económico**. 3.ed. Granada: Comares, 2004.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar Ariño; CASSAGNE, Juan Carlos. **Servicios Públicos, Regulación y Renegociación**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005.

ASCARELLI, Tullio. **Panorama do Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947.

AVELÃS NUNES, A.J. **Os Sistemas Económicos**. Coimbra: Almedina, 1997.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O Direito Público em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 99-127.

BACELLAR FILHO. **Reflexões sobre direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASAVILBASO, Benjamin Villegas. **Derecho Administrativo**. V. III. Buenos Aires: Tipografica, 1951.

BÉNOIT, Francis-Paul. **Le Droit Administratif Français**. Paris: Dalloz, 1968.

BERTI, Giorgio. **Diritto e Stato**. Padua: Cedam, 1986.

BEZANÇON, Xavier. **Essai sur les contrats de travaux et de services publics**. Paris: L.G.D.J., 1996.

BIELSA, Rafael. **Estudios de Derecho Público**, v. I. Buenos Aires: Depalma, 1950.

BINEMBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão e Permissão de Serviços públicos: comentários a lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e a lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995**. Curitiba: Juruá, 1995.

BLANCO, Alejandro Vergara. El nuevo servicio público aberto a la competencia: da la *publicatio* al libre acceso. Coherencia de las viejas técnicas concesional y autorizacional. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Coord.). **Servicio Público y Policía**. Buenos Aires: Universitas, 2006, p. 41-62.

BLOCH, Marc. **Apologia da História, ou, o ofício do historiador**, trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONNARD, Roger. **Précis de Droit Administratif**, Paris: Sirey, 1935.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na MC 17.078/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 26/10/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS: 5431 DF 1997/0068044-4, Relator: Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Data de Julgamento: 23/09/1998, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 17.05.1999 p. 117JSTJ vol. 8 p. 112.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 617.147/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/03/2005, DJ 25/04/2005, p. 232.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS: 5159 RJ 1994/0038278-2, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 03/09/2001, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 15.10.2001 p. 252.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS: 10123 RJ 1998/0062752-9, Relator: Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Data de Julgamento: 15/06/1999, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 27/09/1999 p. 46 JSTJ vol. 10 p. 99.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Cautelar na ADI por Omissão n. 24-DF. Rel. Min. Dias Toffoli. Julg. 01/07/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Cautelar na ADI-MC: 1668 DF, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 19/08/1998, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 16-04-2004 PP-00052 EMENT VOL-02147-01 PP-00127.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 591874, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-10 PP-01820.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS: 18787-SP, Relator: LAFAYETTE DE ANDRADA, Data de Julgamento: 31/12/1969, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 25-04-1969 PP-01635 EMENT VOL-00761-01 PP-00761 RTJ VOL-00049-03 PP-00689.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 22665, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 14/03/2006, DJ 04-08-2006 PP-00078 EMENT VOL-02240-01 PP-00189.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. AC: 152173 97.02.36093-5, Relator: Desembargador Federal GUILHERME COUTO, Data de Julgamento: 07/08/2002, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJU - Data: 21/08/2002 - Página:108.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 5013397-37.2011.404.7201/SC, Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Julg. 14/06/2012.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil**. São Paulo: 34, 1996.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. **Revista do Serviço público**, ano 47, jan./mar./abr. 1996, v. 47, nº 1. Brasília: ENAP, p. 7-40.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Do Estado Patrimonial ao Gerencial. In: PINHEIRO, WILHEIM e SACHS (orgs.). **Brasil: Um Século de Transformações**. São Paulo: Cia das Letras, 2001. P. 222-259.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a Cidadania**. São Paulo: 34, 2002.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Uma Nova Gestão para um Novo Estado: Liberal, Social e Republicano. **Revista do Serviço público**, nº 52, janeiro de 2001, p. 5-24.

BURDEAU, François. **Histoire de l'administration française**. Paris: Montchrestien, 1994.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. 7.ed. T. I. Coimbra: Almedina, 1965.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. 10.ed. T. II. Coimbra: Almedina, 1997.

CALDEIRA, Jorge. **Mauá: empresário do Império**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 619-634.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional passa: o Direito Administrativo passa também. *In*: **Stvdia Ivridica**, n. 61: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 705-722.

CARRASCO, Manuel Izquierdo. Algunas cuestiones generales a propósito del ejercicio privado de funciones públicas en el ámbito de la seguridad industrial. *In*: **Os Caminhos da Privatização da Administração Pública**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 367-406.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 24.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**. 7.ed. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Estudios de Derecho Público**. Buenos Aires: Depalma, 1995.

CASSAGNE, Juan Carlos. **La Intervención Administrativa**. 2. Ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995.

CASSAGNE, Juan Carlos. Las técnicas de habilitación en el marco de una nueva concepción sobre el servicio público: concesión, licencia, autorización y permiso. *In*: ORTIZ, Gaspar Ariño. **La regulación económica**. Buenos Aires: Ábaco, 1996.

CATALÁ, Joan Prats i. **Derecho y Management em las Administraciones Públicas** – Notas sobre la crisis y renovación de los respectivos paradigmas. Disponível no sítio eletrônico do Centro Latinoamericano de Administração para o Desenvolvimento (www.clad.org). Acesso em 22/08/2013.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Curso de Direito Administrativo**. 7.ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1964.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria dos atos administrativos**. São Paulo: RT, 1973.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. V. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

CELIER, Charles. **Droit public et vie économique**. Paris: Presses Universitaires de France, 1949.

CHEVALLIER, Jacques. **Le Service Public**. 8.ed. Paris: PUF, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. **Revista dos Tribunais**, n. 353, São Paulo, RT, março de 1965, p. 14-26.

COUTO E SILVA, Almiro. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 209, jul./ago./set. 1997, p. 45-70.

COUTO E SILVA, Almiro do. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. *In*: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 441-479.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Do ato Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Bushatsky, 1977.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**, v. 1. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**, v. 2. São Paulo: Forense, 1966.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado do Domínio Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

DERANI, Cristiane. **Privatização e Serviços Públicos**: as ações do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DEVOLVÈ, Pierre. **L'Acte administratif**. Paris: Sirey, 1983.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos V. A. (Coord.). **Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

DIEZ, Manuel Maria. **El acto administrativo**. 2.ed. Buenos Aires: TEA, 1961.

DROMI, José Roberto. **Instituciones de derecho administrativo**. Buenos Aires: Astra, 1973.

DUARTE, José. **A Constituição Brasileira de 1946**. 1º v. Rio de Janeiro: 1947, p. 264.

DUGUIT, Leon. **Les Transformations du Droit Public**, Paris: A. Colin, 1913.

DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**, v.1. 2.ed. Paris: Fontemoing, 1921.

EISENMANN, Charles. **Cours de Droit Administratif**, Tomo II. Paris: Livraria Geral de Direito e Jurisprudência, 1983.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1996.

ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003.

FABRI, Andréa Queiroz. A contradição entre a concessão administrativa em monopólio e o direito de acesso aos mercados regulados: desafios para a regulação e para os direitos dos usuários dos serviços públicos. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, jul./set. 2008, p. 41-57.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. 3.ed. São Paulo: Globo, 2001.

FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação e Direito Concorrencial: as telecomunicações**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

FARIAS, Sara Jane Leite de. **Regulação jurídica dos serviços autorizados**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Las transformaciones del derecho administrativo a resulta de las privatizaciones. *In: Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 333-344.

FERRARESE, Rosario. **Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione**. Milão: Giuffrè, 1985.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FIORINI, Bartolomé. **Poder de Policia**. 2.ed. Buenos Aires: Alfa, 1962.

FIORINI, Bartolomé. **Teoria jurídica del acto administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969.

FLEINER, Fritz. **Les principes généraux du droit administratif allemand**. Paris: Dellagrave, 1933.

FOIS, Sergio. Servizi e interessi tra privatizzazioni e regolazione pubblica. *In: Diritto e Società*. Pádova: Cedam, 2000, v. 1, p. 13-35.

FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de Derecho Administrativo**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

FORTI, Ugo. **Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano**. V. 2. Milão: Libreria, 1915.

FRACCHIA, Fabrizio. **Autorizzazione Amministrativa e Situazione Giuridiche Soggettive**. Nápoles: Jovene, 1996.

FRAGA, Gabino. **Derecho Administrativo**. 15.ed. México: Porrúa, 1973.

FRAGOLA, Umberto. **Gli atti amministrativi**. Turim, 1952.

FRANCHINI, Flaminio. **Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'amministrazione e i privati**. Milão: Giuffrè, 1957.

FRANCO, Gladys Vásquez. **La Concesión Administrativa de Servicio Público**. Bogotá: Temis, 1991.

FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e o reexame dos institutos da autorização de serviço público, da convalidação e do "poder de polícia administrativa". In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 311-334.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Juarez. Parecer. **Revista Interesse Público**, ano 5, n. 20, Porto Alegre, jul./ago. 2003, p. 88-104.

FRÓES, Fernando. Infra-Estrutura e Serviços públicos: princípios da regulação geral e econômica. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; et. al. (orgs.). **Direito Administrativo Econômico**, v. I. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 509-640.

FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**, v. I. Madri: Civitas, 1993.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomas-Ramon. **Curso de Derecho Administrativo**. Vol. II. Madri: Civitas, 1982.

GARCÍA, Jorge Sarmiento. La licencia y la concesión como títulos habilitantes para la prestación de los servicios públicos. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Coord.). **Servicio Público y Policía**. Buenos Aires: Universitas, 2006, p. 177-186.

GARRIDO FALLA, Fernando. **Tratado de Derecho Administrativo**. Vol. 1. Madrid: Tecnos, 2005.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat: l'action publique em question**. Paris: Presses des Scientes Politiques, 1999.

GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Amministrativo**. 3.ed. Milão: Giuffrè, 1993.

GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Pubblico dell'Economia**. Bolonha: Il Mulino, 1995.

GIANNINI, Massimo Severo. **Il Pubblico Potere: stati e amministrazioni pubbliche**. Bolonha: Il Mulino, 1986.

GIANNINI, Massimo Severo. **Profili storici della scienza del diritto amministrativo. Quaderni Fiorentini**. Milão: Giuffrè, 1973, p. 179-274.

GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999.

GONÇALVES, Pedro. As concessões no sector elétrico. *In: Temas de Direito da Energia*, Coimbra, n. 3, 2008, p. 185-214.

GONÇALVES, Pedro. **O Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003.

GONÇALVES, Pedro. **Regulação, Electricidade e Telecomunicações: estudos de Direito Administrativo da Regulação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. Os Serviços Públicos Econômicos e a Concessão no Estado Regulador. *In: MOREIRA, Vital (org.). Estudos de Regulação Pública, vol. 1*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 173-317.

GONÇALVES, Vania Mara Nascimento. **Estado, Sociedade Civil e Princípio da Subsidiariedade na era da Globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GORDILLO, Augustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo II. Versão digital. Disponível em: www.gordillo.com. Acesso em: 09/11/2013.

GORDILLO, Augustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo III. Versão digital. Disponível em: www.gordillo.com. Acesso em: 09/11/2013.

GRAU, Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GROTTI, Dinorá A. Musetti. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. *In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 182-231.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GROTTI, Dinorá Musetti. Teoria dos Serviços públicos e sua Transformação. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 39-71.

GUGLIELMI, Gilles J. **Introduction au droit des services publics**. Paris: L.G.D.J., 1994.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Ato administrativo e ato da administração: existe ainda algum sentido nesta distinção? *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Os Caminhos do Ato Administrativo**. São Paulo: RT, 2011, p. 71-88.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **Da Regulação como função de Direito Administrativo**. 154 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Saraiva, 2012.

HAURIOU, Maurice. **Précis Élémentaire de Droit Administratif**, 5.ed. Paris: Sirey, 1943.

IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. **El Derecho Administrativo Privado**. Madrid: Montecorvo, 1996.

JÈZE, Gaston. **Principios Generales del Derecho Administrativo**. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1948.

JÈZE, Gaston. **Principios Generales del Derecho Administrativo**. Tomo II. Trad. Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1949.

JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo Reescrito: problemas do passado e temas atuais. **Revista Negócios Públicos**, São Paulo, 2005, ano II, nº. 6, p. 39-41.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico dos operadores de terminais portuários no Direito brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 4, n. 16, out./dez. 2006, p. 77-124.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.

KEYNES, John Maynard. **The End of Laissez-Faire**. Londres: Hogarth Press, 1926.

LA SPINA, Antonio; MAJONE, Giandomenico. **Lo Stato Regolatore**. Bolonha: Il Mulino, 2000.

LACHAUME, Jean-François; BOITEAU, Claudie; PAULIAT, Hélène. **Grands Services Publics**. 2. Ed. Paris: Armand Colin, 2000.

LAFERRIÈRE, Édouard L. J. **Traité de la Jurisdiction Administrative et des recours contentieux**, vol. I. Paris: 1887.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos. **La Autorización Administrativa**. Madri: Civitas, 2006.

LANDAU, Elena. Autorização: um instrumento inadequado para o setor elétrico. **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, n. 246, set./dez. 2007, versão digital.

LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe. **Manuale di Diritto Amministrativo**. 10.ed. Milão: Giuffrè, 1997.

LAUBADÈRE, André de. **Direito Público Económico**. Trad. Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985.

LAUBADÈRE, André de; MODERNE, Franck; DEVOLVÉ, Pierre. **Traité des Contrats Administratifs**. T. 1. Paris: L.G.D.J., 1983.

LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Ives. **Traité de Droit Administratif**. 13. Ed. T. I. Paris: L.G.D.J., 1994.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 5. Ed. São Paulo: RT, 1982.

LINOTTE, Didier; ROMI, Raphael. **Services Publics et Droit Public Économique**. Paris: Litec, 2001.

LIVET, Pierre. **L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques**. Paris: LGDJ, 1974.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Os terminais portuários privativos na Lei n. 8.630/93. **Revista de Direito Administrativo**, n. 220, Rio de Janeiro, abr./jun. 2000, p. 19-34.

LÓPEZ-MUÑIZ, José Martínez. **Introducción al derecho administrativo**. Madri: Tecnos, 1986.

LÓPEZ-MUÑIZ, José Martínez. La regulación económica en España. *In*: ARIÑO ORTIZ, Gaspar; DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M.; LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. Martínez. **El nuevo servicio público**. Madri: Marcial Pons, 2004, p. 247-274.

LÓPEZ-MUÑIZ, José Martínez. Servicio Público, Servicio Universal y “Obligación de servicio público” en la perspectiva del derecho comunitário: los servicios essenciais y sus regímenes alternativos. *In*: **Os Caminhos da Privatização da Administração Pública**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.249-278.

LOREDANA, Giani. **Attività amministrativa e regolazione di sistema**. Turim: Editora 137, 2002

LOSANO, Mário G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos**. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MAJONE, Giandomenico. **La Communauté Européenne: un État Régulateur**. Paris: Montchrestien, 1996.

MÂNICA, Fernando Borges. **O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de Derecho Administrativo**. 6.ed. T. II. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; ALMEIDA, João Paulo Simões de; FORTE, André Matos. Regulação Sectorial e Concorrência. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2005, p. 187-205.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; SANTOS: António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito Económico**. 5. Ed. Coimbra: Almedina, 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Económico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 72-98.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, n. 1, fev./abr. 2005. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 1 jul. 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Os Caminhos do Ato Administrativo**. São Paulo: RT, 2011, p. 89-114.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito das Telecomunicações e ANATEL. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Económico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 300-316.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regime jurídico dos bens públicos empregados na geração de energia. **Revista de Direito Administrativo**, n. 232, Rio de Janeiro, abr./jun. 2003, p. 333-354.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Universalização de Serviços Públicos e Competição: o caso da distribuição de gás natural. **Revista de Direito Administrativo**, n. 223, Rio de Janeiro, jan./mar. 2001, p. 133-152.

MARRARA, Thiago. Regulação sustentável de infraestruturas. **Revista Brasileira de Infraestrutura - RBINF**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 95-120, jan./jun. 2012.

MARTÍNEZ, J. M. de la Cuétara. **La actividad de la Administración**. Madri: Tecnos, 1983.

MARTÍNEZ, Juan Miguel de la Cuétara. La regulación subsiguiente a la liberalización y privatización de servicios públicos. *In* **Os Caminhos da Privatização da Administração Pública**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 193-206.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. **Derecho Administrativo Económico**. Vol. II. Madri: La Ley, 1991.

MASAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**. T. II. São Paulo: Max Limonad, 1960.

MASAGÃO, Mário. **Natureza Jurídica da Concessão de Serviço público**. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1933.

MATTARELLA, Bernardo Giorgio. Il provvedimento. *In*: CASSESSE, Sabino (org.). **Trattato di Diritto Amministrativo Generale**. T. I. Milão: Giuffrè, 2003, p. 797-1034.

MATTARELLA, Bernardo Giorgio. **L'imperatività del provvedimento amministrativo**. Pádova: CEDAM, 2000.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil**: eficiência e legitimidade. São Paulo: Singular, 2006.

MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. Trad. Luis Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006.

MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**. T. I. Buenos Aires: Depalma, 1949.

MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**, T. II. Buenos Aires: Depalma, 1950.

MEDAUAR, Odete. Administração Pública: do ato ao processo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito**

Administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 405-420.

MEDAUAR, Odete. Ato administrativo: origem, concepções, abrangência. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor R. (Coord.). **Os caminhos do ato administrativo.** São Paulo: RT, 2011, p. 11-36.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 11.ed. São Paulo: RT, 2007.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução.** 2. Ed. São Paulo: RT, 2003.

MEDAUAR, Odete. Serviços públicos e Serviços de Interesse Econômico Geral. *In*: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 115-126.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 2.ed. São Paulo: RT, 1966.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 6.ed. São Paulo: RT, 1978.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro,** 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de direito administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias.** São Paulo: RT, 1968.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Pareceres de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta.** São Paulo: RT, 1975.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo.** Volume 1. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MENEGALE, Guimarães. **Direito Administrativo e Ciência da Administração**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

MENZIES, Gavin. **1421: o ano em que a China descobriu o mundo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

MESCHERIAKOFF, Alain-Serge. **Droit des services publics**. 2.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.

MODERNE, Franck. La idea de servicio público en el derecho europeo: nuevas perspectivas. *In*: CASSAGNE, Juan Carlos (Coord). **Servicio público y policía**. Buenos Aires: Universitas, 2006, p. 7-24.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de “serviço público”, “serviço de relevância pública e “serviços de exploração econômica” para as parcerias público-privadas”. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 433-486.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Económico**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif**. Paris: Montchrétien, 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann. A experiência das licitações para obras de infraestrutura e anova lei das parcerias público-privadas. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. **Estudos de Direito Económico**, volume 2. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. Exploração Privada dos Portos Brasileiros: Concessão *versus* Autorização. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – REDAC**, São Paulo, ano I, n. 0, maio/junho 2013, p. 31-45.

MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo Contemporâneo e a Intervenção do Estado na Ordem Econômica. *In*: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (coord.). **Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 257-281.

MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo da Economia, a Ponderação de Interesses e o Paradigma da Intervenção Sensata. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. **Estudos de Direito Económico**, v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 53-98.

MOREIRA, Egon Bockmann. O Princípio da Legalidade, a Lei e o Direito. *In*: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 45-61.

MOREIRA, Egon Bockmann. Os limites à competência normativa das Agências Reguladoras. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 173-220.

MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do Direito da regulação no Brasil? *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, A. (orgs.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014, p.107-139.

MOREIRA, Vital. **Auto-Regulação profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997.

MOREIRA, Vital. Regulação Económica, Concorrência e Serviços de Interesse Geral. *In*: MOREIRA, Vital (org.). **Estudos de Regulação Pública, vol. 1**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 547-563.

MOREIRA, Vital; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **A mão visível: mercado e regulação**. Coimbra: Almedina, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mito e realidade do serviço público. **Revista de Direito da PGE/RJ**, v. 53, 2000, p. 138-147. Disponível no sítio eletrônico da PGE/RJ: <http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeConteudo?article-id=794713>. Acesso em 03/12/2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos Serviços públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 1, fevereiro de 2005. Disponível na internet: www.direitodoestado.com.br. Acesso em 14.01.2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Novo Papel do Estado na Economia. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul./set. 2005, p. 99-120.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Políticas Públicas e Parcerias: juridicidade, flexibilidade negocial e tipicidade na Administração consensual. **Revista de Direito do Estado**, ano 1, nº 1, jan./mar. 2006, p. 105-117.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MORELL OCAÑA, L. **Curso de Derecho Administrativo**. 4.ed. T. I. Pamplona: Aranzadi, 1998.

MORELL OCAÑA, L. **Curso de Derecho Administrativo**. 4.ed. T. II. Pamplona: Aranzadi, 1999.

MORENILLA, José María Souvirón. **La actividad de la administración y el servicio público**. Granada: Comares, 1998.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas concessões, permissões e parcerias**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. **Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General**. T. I. Madri: Civitas, 2004.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. **Servicio Público y Mercado**. V. 1. Madri: Civitas, 1998.

NESTER, Alexandre Wagner. A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos Paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 441-468.

NIETO, Alejandro. **Estudios históricos sobre Administración y derecho administrativo**. Madri: INAP, 1986.

NIGRO, Mario. Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, n. 749, jul./set. 1970, p. 715-763.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 6.ed. São Paulo: RT, 2010.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências Reguladoras e Concorrência. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 159-189.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de Gestão**. São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA; Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A Administração Consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista de Direito do Estado**, ano 3, nº 10, abr./jun. 2008, p. 271-288.

ORLANDO, V. E. **Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano**. V. 2, P. 2. Milão: Società Editrice Libreria, 1915.

ORTEGA, Ricardo Rivero. **Introducción al Derecho Administrativo Económico**. 2.ed. Salamanca: Ratio Legis, 2001.

OTERO, Paulo. Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública. *In: Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 36-43.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2003.

PARADA, Ramón. **Derecho Administrativo**. 10.ed. V. I. Madri: Marcial Pons, 1998.

PAREJO ALFONSO, Luciano. **Derecho Administrativo**. Barcelona: Ariel, 2003.

PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO, A; ORTEGA ÁLVAREZ, L.. **Manual de Derecho Administrativo**. 5. ed. Barcelona: Ariel, 1998.

PASTOR, Javier Viciano. **Libre competencia y intervención en la economía**. Valência: Tirant lo Blanc, 1995.

POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização Administrativa**. São Paulo: RT, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**. 3.ed., t. II. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PULLÉS, Fernando García. El servicio público y actividades de interés general. *In: CASSAGNE, Juan Carlos (org.) Servicio Público y Policía*. Buenos Aires: Universitas, 2006, p. 33-39.

QUADROS, Fausto de. Serviço público e Direito Comunitário. *In: Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 279-300.

RANCI, Pippo. Concorrenza e Servizi Pubblici nella Costituzione. *In: CANANEA, Giacinto dela; NAPOLITANO, Giulio (Org.). Per una nuova Costituzione Economica*. Bolonha: Il Mulino, 1998, p. 33-46.

RANELLETTI, Oreste. Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative. **Giurisprudenza Italiana**, n. 46, 1894.

RANELLETTI, Oreste. **Teoria degli Atti Amministrativi Speciali**, 7.ed. Milão: Giuffrè, 1945.

RANELLETTI, Oreste. Teoria delle autorizzazioni e delle concessioni amministrative, *In: Conceto e Natura*, 1893.

REALE, Miguel. **Aplicações da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

REALE, Miguel. **Direito administrativo: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

REBOLLO, Luis Martín. Servicios Públicos y Servicios de Interés General: la nueva concepción y operatividade del servicio público en el derecho administrativo español. *In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85-114.

RIPERT, Georges. **Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno.** Trad. Gilda G. de Azevedo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

RIVERO, Jean. **Droit Administratif.** 10.ed. Paris, Dalloz, 1983.

ROCHA, Camen Lúcia Antunes da. **Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1996.

ROCHA, Sílvio Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2013.

ROLIM, Maria João Pereira. **Direito Econômico da Energia Elétrica.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROLLAND, Louis. **Précis de Droit Administratif.** 10.ed. Paris: Dalloz, 1953.

ROMANO, Santi. **Corso di Diritto Amministrativo,** 3.ed. Padova: Cedam, 1937

ROPPO, Enzo. **O Contrato.** Coimbra: Almedina, 1988.

ROSSI, Giampaolo. Pubblico e privato nell'Economia di fini secolo. *In: Le trasformazioni del diritto amministrativo.* Milão: Giuffrè, 1995.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica:** princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2008.

SALOMONI, Jorge L. **Teoria General de los Servicios Públicos.** Buenos Aires: Ad-hoc, 1999.

SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. **Curso de Direito da Energia.** T. I. São Paulo: Instituto Geodireito, 2008.

SÁNCHEZ, Rafael Caballero. **Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos.** Madri: INAP, 2003.

SANDULLI, Aldo. **Trattato di Diritto Amministrativo.** T.2. Milão: Giuffrè, 2000.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. **Fundamentos de Derecho Administrativo,** v. I. Madri: Centro de Estudios Ramon Areces, 1991.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan. **Principios de Derecho Administrativo.** V. II. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan; SÁNCHEZ, Rafael Caballero. **Las Técnicas de regulación para la competencia**: una visión horizontal de los sectores regulados. Madrid: Ilustel, 2011.

SANTIAGO JÚNIOR, Fernando Antônio. **A Regulação do Setor Elétrico brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime Jurídico do Serviço público**: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social. 214 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A experiência e as perspectivas da regulação do setor portuário no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, jul./set. 2008, p. 171-190.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Geração de energia elétrica no Brasil: 15 anos fora do regime de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, jul./set. 2010, p. 141-168.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHIRATO, Vitor. Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Os Caminhos do Ato Administrativo**. São Paulo: RT, 2011, p. 115-144.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003.

SMITH, Adam. **The Wealth of Nations**. Nova Iorque: Random House, 1937.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, desestatizações, terceirizações**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Concessões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA, Horácio Augusto Mendes de. **Regulação Jurídica do Transporte Rodoviário de Passageiros**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Do Econômico nas Constituições vigentes**. V. 2. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961.

STOBER, Rolf. **Direito Administrativo Econômico Geral**. Edição adaptada da versão portuguesa de 2008. São Paulo: Saraiva, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na era do Direito Global. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 157-168.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 317-328.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. Loterias estaduais na Constituição de 1988. **Revista de Direito Público**, n. 91, v. 22, Rio de Janeiro, jul./set. 1989, p. 95-102.

SUNDFELD, Carlos Ari. O Direito Administrativo entre os *clips* e os negócios. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 87-93.

SUNDFELD, Carlos Ari. Regime Jurídico do setor petrolífero. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, 385-396.

SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e Regulação Estatal. Introdução às Agências Reguladoras. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 17-38.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacinto Arruda. Terminais portuários de uso misto. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, jul./set. 2008, p. 59-74.

TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público**: estudos e pareceres, v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público**: estudos e pareceres, v. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. Permissão e Concessão de Serviço público. **Revista de Direito Público**, n. 6, São Paulo, RT, out./dez. 1968, p. 100-134.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **L'Ancien Régime et la Révolution**. Paris: Gallimard, 1967.

TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

URUGUAY, Visconde do. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 1892.

VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de. **A Autorização**. Coimbra: Almedina, 2012.

VAZ, Rogério Morina. **Autorização de Polícia Administrativa**. Dissertação (Mestrado). São Paulo, PUC-SP, 2008.

VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. **Droit Administratif**, v. I. 12. Ed. Paris: P.U.F., 1992.

VELASCO, Recaredo Fernández de. **El Acto Administrativo**. Madri: V. Suárez, 1929.

VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

VIGNOCCHI, Gustavo. **La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa**. Pádova: Cedam, 1944.

VILLANOVA, Antonio Royo. **Elementos de Derecho Administrativo**. 10.ed. Valladolid: Imprensa Castellana, 1992.

VILLAR PALASÍ, J. L. **La intervención administrativa en la indústriá**. T. I. Madri: IEP, 1964.

VILLAR ROJAS, Francisco José. Privatización de Grandes Servicios Públicos. *In: Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 207-222.

VILLATA, Riccardo. **Diritto Amministrativo**, vol. II. Bolonha: Monduzzi, 1998.

VIRGA, Pietro. **Il Provvedimento Amministrativo**, 4.ed. Milão: Giuffrè, 1972.

WALINE, Marcel. **Manuel élémentaire de droit administratif**. 4. Ed. Paris: Sirey, 1946.

WALINE, Marcel. **Traité Elementaire de Droit Administratif**. 6.ed. Paris: Sirey, 1952.

WALTENBERG, David A. M. O Direito da Energia Elétrica e a ANEEL. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 352-377.

WEBER, Max. A “Objetividade” do conhecimento na Ciência Social e na Ciência Política. *In*: **Metodologia das ciências sociais**. Parte I. São Paulo: Cortez, 1992, p. 107-154.

WEIL, Prosper. **O Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1977.

WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. **Direito Administrativo**. V. 1. Trad. Francisco de Souza. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

XAVIER, Helena de Araújo Lopes. **O regime especial da concorrência no direito das telecomunicações**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ZANOBINI, Guido. **Corso di Diritto Amministrativo**, v.1. Milão: Giuffrè, 1958.